


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



ВѢСТНИКЪ ПРАВА

ЖУРНАЛЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

при

ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. М. ВИНАВЕРА, прив.-доц. **В. М. ГЕССЕНА,**
В. Д. НАБОКОВА и проф. **I. А. ПОКРОВСКАГО.**

XXXVI. **КНИГА ВТОРАЯ.** **1906.**

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1906.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

О ПОЛИТИКѢ ПРАВА.

Глава IV.

Къ теоріи прикладныхъ наукъ.

XI.

Итакъ, политика права есть прикладная наука. Въ существенномъ, значитъ, она представляетъ аналогію съ другими прикладными науками, какъ то—технологіей, медициной, педагогикой [1]). Въ какой мѣрѣ—мы попытаемся выяснить въ дальнѣйшемъ. Намъ кажется, что выясненіе сходства, а также и тѣхъ отличій, которыя могутъ здѣсь проявиться, должно въ высокой степени содѣйствовать разностороннему освѣщенію и пониманію самой политики. Мы и попытаемся обосновать нѣсколько соображеній, касающихся прикладныхъ наукъ, все время имѣя въ виду освѣтить, выдѣлить точнѣе какую нибудь особенность политики. Итакъ, на ряду съ политикой мы имѣемъ педагогику, медицину, технологію. Технологія такъ же относится къ физикѣ, химіи, механикѣ (соотвѣтственно въ соотвѣтственныхъ отдѣлахъ), какъ терапія въ физіологіи (біологіи), педагогика къ индивидуальной психологіи (точнѣе—къ теоріи индивидуальнаго психологическаго развитія [2]), какъ

---

[1]) Сравнить замѣчаніе у A. Espinas. Les origines de la technologie, 1897, p. 7. Ср. I. Петр., К. Ун. Изв., стр. LXXXIV, LXXXIX.

[2]) Соотвѣтственной прикладной наукой по отношенію къ индивидуальной психологіи вообще—была бы теорія поведенія, теорія обращенія съ людьми, воздѣйствія на людей, „Тактологія“. Такая прикладная наука, пожалуй, дѣйствительно могла бы быть сочтена за вновь вводимую, во всякомъ случаѣ съ большимъ правомъ, нежели таковой считается политика (см. объ этомъ гл. V, § XVI стр. 44). Относительно этой прикладной науки было бы правильно утверждать, что

политика къ коллективной психологіи или соціологіи. Технологія есть политика обращенія съ природой, какъ политика есть соціальная технологія. Терапія есть политика здоровья, какъ политика—терапія и гигіена общественности.

Правда, на первый взглядъ это—какъ будто подтверждаетъ взглядъ на политику пр. Петражицкаго, ибо часто эти прикладныя науки и разсматриваются, какъ особыя отъ теоріи, и даже, именно, какъ науки о томъ, каковыми должны быть данныя явленія,—какъ ихъ деонтологіи.

Мало того, иногда такъ и противопоставляютъ технологію (въ широкомъ смыслѣ слова) теоріи, какъ противоположныя дисциплины [1]). Но это—кажется намъ—дѣлается по аналогичнымъ ошибочнымъ основаніямъ, по которымъ это происходитъ и относительно политики.

Всякая прикладная наука изучаетъ свой объектъ, какъ средство къ цѣли, т. е. въ его послѣдствіяхъ, посколько эти послѣдствія могутъ быть отнесены къ категоріи желаемыхъ нами.

Тѣла, механизмы и т. д. въ своемъ функціонированіи приводятъ къ послѣдствіямъ (химическаго, физическаго, механическаго функціонированія), которыя могутъ быть нами использованы. Тѣ или иные физіологическіе процессы оказы-

---

въ научныхъ формахъ и научными методами она мало разрабатывалась; что въ этой области больше работало безсознательное и коллективное творчество народныхъ и общественныхъ массъ, создавая относительно нѣкоторыхъ ея областей свой—„savoir vivre“. Притомъ цѣнность работы въ этой области обусловливалась бы не только (а, пожалуй, и не столько) тѣмъ, что она могла бы привести къ созданію правилъ поведенія, какъ тѣмъ, что она могла бы содѣйствовать объясненію того, какъ и почему сложился бытовой укладъ даннаго общества; цѣнность была бы такимъ образомъ столь же теоретической, сколь и практической.

Вообще до извѣстной степени къ такой прикладной теоріи съ большимъ правомъ можно было бы отнести нѣкоторыя изъ замѣчаній, относимыхъ пр. Петражицкимъ къ политикѣ права, нежели къ этой послѣдней. Хотя, разумѣется, никоимъ образомъ нельзя было бы счесть „политику поведенія“—особой, самостоятельной дисциплиной (а только прикладной), да и полной новизны такая принявшая научный обликъ житейская мудрость едва-ли бы представила.

[1]) Ср. A. Espinas, op. cit., p. 10, также П. К. Энгельмейеръ, Техническій итогъ XIX вѣка, стр. 81.



ваютъ воздѣйствіе на жизнь организма. Мы ставимъ себѣ цѣлью тотъ или иной механическій, химическій и др. эффектъ, то или иное тѣлесное состояніе, психическое состояніе ребенка или взрослаго, общества,—и изучаемъ, какими средствами можно его достигнуть. Проблема принципіально совершенно аналогичная: дана намъ цѣль, т. е. искомое послѣдствіе; дана теорія явленій, приводящихъ къ искомымъ послѣдствіямъ, остается въ ней отыскать нужное намъ для рѣшенія даннаго вопроса.

Аналогично и фактическое положеніе.

Теорія до всѣхъ конкретныхъ возможностей не разработана, и приходится здѣсь то (въ прикладной наукѣ) и разрабатывать ее по отношенію къ данному случаю [1]).

Цѣль можетъ и здѣсь быть дана опредѣленно и эксплицитно такъ, чтобы оставалось только приспособиться къ ней. Но цѣль можетъ быть дана и обще, въ видѣ регулятива, и тогда приходится опредѣлять сообразно фактическимъ обстоятельствамъ ея степень, видъ ея осуществленія и пр.; могутъ быть и альтернативныя цѣли, между которыми приходится выбирать. А такъ какъ ея уточненіе, опредѣленіе, выборка зависитъ отъ конкретныхъ обстоятельствъ, то обсужденіе, оцѣнка цѣлей можетъ вторгаться, такъ сказать, прерывая теоретическую работу, а тѣмъ самымъ и обусловливая ея дальнѣйшій ходъ. Вообще, опредѣляетъ работу (теоретическую) цѣль, а цѣль приходится приспособлять къ фактическимъ обстоятельствамъ, выясняющимся въ значительной мѣрѣ во время произведенія работы; между теоретической и деонтологической работой происходитъ постоянное взаимодѣйствіе, не въ томъ смыслѣ, чтобы изслѣдованія смѣшивались вое-

[1]) Этимъ объясняется и тѣснѣйшее взаимодѣйствіе между технологіей и естествознаніемъ, медициной и біологіей. Именно, потому, что онѣ изучаютъ одно и тоже соотвѣтственно—болѣе или менѣе обще и индивидуально и т. д.— именно, поэтому, открытія въ одной области могутъ быть непосредственно перенесены въ другую, могутъ имѣть въ ней непосредственныя приложенія и отраженія.

Едва ли правильна точка зрѣнія Энгельмейера, сообразно которой технологія, *хотя* и противоположна естествознанію, *но* находится съ ней въ состояніи постояннаго взаимодѣйствія и взаимнаго обмѣна результатами.

дино, а въ томъ, что они идутъ параллельно, или чередуясь, при чемъ данная стадія одного опредѣляетъ дальнѣйшій ходъ другого. Но и здѣсь, какъ въ политикѣ—построеніе цѣлей не выдѣлено въ особую дисциплину, а больше происходитъ „само собой“. Въ медицинѣ цѣлью является возстановленіе и сохраненіе здоровья, нормальнаго функціонированія организма [1]), въ технологіи—приспособленіе природы къ нашимъ потребностямъ, въ политикѣ—приспособленіе общества въ нашимъ потребностямъ, включая въ ихъ число и „высшія“, духовныя—идеалы.

И въ другомъ отношеніи технологія не отличается отъ политики. Обѣ, какъ функціи, суть изслѣдованія средствъ къ даннымъ цѣлямъ; а какъ результатъ функціи—получается совокупность положеній о связи данныхъ явленій съ ихъ послѣдствіями (для насъ искомыми). Вмѣстѣ съ тѣмъ обѣ—благодаря исходному практическому запросу (что дѣлать при такихъ то цѣляхъ?)—помощью маленькаго тождественнаго разсужденія переводятъ эти теоретическія положенія въ нормативныя сужденія, въ систему правилъ. И, наконецъ, въ обѣихъ одинаково эта система правилъ сама по себѣ дисциплины не представляетъ, ибо 1) является результатомъ приложенія стереотипнаго разсужденія къ выводамъ, получаемымъ теоретически, а 2) общеобязательной системы положеній не представляетъ, такъ какъ обязательность правилъ стоитъ и падаетъ съ признаніемъ цѣлей, принципіально общеобязательными неявляющихся.

Но уже существенныя различія имѣются въ характерѣ цѣлей, которыя дифференцируютъ (но не измѣняютъ коренного сходства) и самыя прикладныя науки. Одно изъ этихъ различій—это единство носителя цѣлей въ медицинѣ и политикѣ (организмъ и общество) въ противоположность раздробленности среды приложенія технологіи (природа,—вѣрнѣе, природныя силы и матерія). Въ первыхъ—средства имѣютъ тенденцію

[1]) Можетъ быть у прикладной біологіи и другая цѣль: такъ или иначе воздѣйствовать на *видоизмѣненіе* организма и его жизнедѣятельности. Въ особенности она осуществляется по отношенію къ животнымъ (искусственный подборъ), но и по отношенію къ людямъ можетъ быть осуществляема.



къ исключительности (*или* одно, *или* другое): иногда примѣненіе одного (или одной совокупности) дѣлаетъ невозможнымъ примѣненіе другого, и во всякомъ случаѣ—принципіально—они интерферируютъ; этого нѣтъ въ технологіи, по отношенію къ силамъ природы, ибо носителемъ послѣдствій нашихъ средствъ здѣсь не вся природа (какъ тамъ—весь организмъ, вся психика, все общество), а части ея, повторныя и взаимно-независимыя [1]). Другое различіе заключается въ томъ, что фактически цѣли медицины сравнительно опредѣлены и ограничены (жизнью организма). Въ политикѣ онѣ менѣе ограничены по содержанію, но ограничены формально—нашими конечными идеалами, и совершенно неограничены онѣ въ технологіи. Это придаетъ наибольшую опредѣленность совокупности задачъ медика, и наименьшую технолога [2]).

Основныя постановки вопросовъ у прикладныхъ наукъ тождественны. Наиболѣе простая и „естественная"—когда опредѣленно дана цѣль. Это исключительно, безпримѣсно теоретическая задача,—найти средство ея осуществленія.

Другая постановка—критическая: провѣрить, достигается ли даннымъ путемъ искомое послѣдствіе. Для этого изучаются (теоретическія) послѣдствія, воздѣйствіе данной нормы, педагогическаго пріема, лекарства, химическаго состава, машины,—и сравниваются съ искомыми результатами, оцѣниваются съ точки зрѣнія цѣлей, идеаловъ и пр. Здѣсь деонтологическое (положительное или отрицательное—безразлично) разсмотрѣніе привходитъ въ заключеніе теоретическаго.

Наконецъ, наиболѣе обыкновенный случай — промежуточный— ихъ чередованія. Имѣется готовое средство (норма,

---

[1]) Это, разумѣется, не относится къ природѣ (или ея части), когда она берется, какъ цѣльная среда, напр. при изученіи средствъ предохраненія страны отъ облѣсенія, или устройства плотинъ въ Нидерландахъ и пр. Точно также, обратно, въ обществѣ или организмѣ могутъ быть разсматриваемы элементы повторные и болѣе независимые,—но здѣсь таковые менѣе типичны.

[2]) Впрочемъ, конечно, формально прикладная наука біологіи вовсе не заключается въ излеченіи и т. п., а въ преслѣдованіи всякой возможной относительно организма цѣли. Мы въ текстѣ говоримъ не о принципіальной, а о фактической задачѣ.



машина и т. д.), но оно не удовлетворяетъ или не вполнѣ удовлетворяетъ своему назначенію; приходится думать объ его замѣнѣ или отмѣнѣ. Вотъ здѣсь—работа уже прерывная: изучаются послѣдствія дѣйствія даннаго средства, сравниваются съ искомыми цѣлями, находятся неудовлетворительными; къ наличности данныхъ обстоятельствъ подбираются, опредѣляются ближе цѣли, къ нимъ подыскиваются средства, ихъ дѣйствіе провѣряется; сообразно получаемымъ результатамъ видоизмѣняются (ради приспособленія къ нимъ)—цѣли и т. д. Если этотъ сложный путь работы наиболѣе обыкновененъ, то въ особенности онъ навязывается въ области права. Если въ технологіи данное приспособленіе негодится—его, конечно, можно усовершенствовать, приспособить къ иному назначенію и пр. Но это не обязательно—можно его просто бросить. Въ правѣ—если данная правовая нормировка не годится, вредна,—ее никакъ нельзя просто устранить, а непремѣнно надо замѣнить другой (какова бы по содержанію эта послѣдняя ни была), такъ какъ и отсутствіе спеціальной регулировки—при общей государственной—есть уже своеобразная нормировка. Слѣдовательно здѣсь непремѣнно надо изучить, какія послѣдствія будутъ имѣть различныя изъ представляющихся возможными нормировокъ, и какія нормировки могутъ приводить къ различнымъ изъ возможныхъ (и желательныхъ) здѣсь цѣлей.

Аналогичны, какъ мы уже указывали, у всякой прикладной науки и результаты. Собственно она находитъ *условія* для искомыхъ послѣдствій. Но такъ какъ они намъ желательны, то они являются *средствами* нашихъ цѣлей. Такимъ образомъ поскольку къ прикладной наукѣ обращается практика, въ которой намъ и надо достичь, осуществить эти цѣли, постолько теоретическія положенія превращаются въ нормативныя предписанія, въ нормы дѣятельности: слѣдуетъ ввести такую то норму, такъ то воздѣйствовать на ребенка, принимать такія то лекарства, вести химическій процессъ такимъ то образомъ.

Но здѣсь наблюдается и нѣкоторое различіе. Такъ, нѣкоторыя изъ прикладныхъ наукъ имѣютъ своимъ объектомъ

духовную природу, другія—и матеріальную. То есть цѣли, преслѣдуемыя одними, касаются духовной дѣятельности, другими—матеріальныхъ процессовъ. Въ этомъ отношеніи система предписаній въ первомъ случаѣ ограничивается предписаніями, касающимися психики и ея проявленій, т. е. поведенія; во второмъ—то, что должно произойти, чтобы получилось искомое послѣдствіе можетъ быть и матерьяльнымъ процессомъ, который можетъ требовать и постояннаго воспроизведенія,—который можетъ и самъ предполагать постоянныя средства своего воспроизведенія. Такимъ образомъ средства могутъ быть психическими актами, дѣятельностями, матеріальными процессами, наконецъ, и матеріальными (фиксированными) приспособленіями (для этихъ процессовъ)—орудіями, машинами. То, что средства могутъ быть и психическими и физическими, и дѣятельностями и постоянными (фиксированными) приспособленіями, и объективаціями и объективатами — конечно, подлежитъ ближайшему изученію, но принципіальной разницы между прикладными науками не дѣлаетъ. И это тѣмъ болѣе, что—хотя въ разныхъ степеняхъ—но всѣ эти средства встрѣчаются во всѣхъ прикладныхъ наукахъ [1]).

Но и въ другомъ отношеніи имѣется нѣкоторое различіе между политикой права и остальными прикладными науками.

Мы видѣли, что въ политикѣ имѣется двоякій запросъ—политикоправный и правнопрактическій. Политикоправный запросъ требуетъ теоретическаго разсмотрѣнія того, къ чему онъ относится; правнопрактическій связуется съ политикоправнымъ — нормативнымъ постулатомъ, велѣніемъ считать теоретическій отвѣтъ на политикоправный запросъ—отвѣтомъ и на запросъ правнопрактическій; т. е. велѣніемъ теоретическое положеніе перевести въ практическое правило. Здѣсь оба запроса отдѣлены одинъ отъ другого,—правнопрактическій можетъ быть удовлетворенъ и не политикоправнымъ изслѣ-

[1]) Такъ напр. старая политика права создавала даже спеціальные „фиксированные приспособленія“, машины и нормы пользованія ими—орудія пытки и т. п.



дованіемъ; политико-правное изслѣдованіе можетъ быть использовано и въ чисто теоретическихъ (напр. историко-объяснительныхъ) цѣляхъ.

Иначе—вообще въ прикладныхъ наукахъ.

Спеціальный (соотвѣтственный политикоправному) запросъ и тамъ можетъ быть самостоятеленъ, но общій, соотвѣтствующій правнопрактическому, внѣ спеціальнаго не существуетъ.

Запросъ—какой ввести законъ—имѣетъ самостоятельное значеніе; запроса—какую ввести машину—быть самостоятельно не можетъ. Въ технологіи имѣется практическій запросъ—осуществить наши цѣли, удовлетворить нашимъ потребностямъ. Спеціальный же запросъ — какія средства удовлетворяютъ нашимъ цѣлямъ—есть запросъ теоретическій. Первый запросъ—осуществить наши цѣли—синтетически привходитъ къ запросу (теоретическому) о средствахъ ихъ осуществленія. Первый можетъ быть движущимъ стимуломъ второго; первый—во всякомъ случаѣ есть требованіе использовать отвѣты на второй для практики; въ силу перваго—теоретическія сужденія, отвѣчающія на второй, переводятся въ практическія; первый запросъ обусловливаетъ примѣненіе къ выводамъ второго отмѣченнаго выше практическаго метода: необходима цѣль *а*; *б* есть средство для этой цѣли; слѣдовательно, необходимо *б*. Примѣненіе этого метода переводитъ теоретическія сужденія въ практическія, примѣненіе его *привносится* въ данную прикладную науку практическимъ запросомъ, связано съ ней синтетически, а не аналитически, примѣняется къ уже готовымъ выводамъ ея.

Итакъ, механизмъ то перевода теоретическихъ сужденій въ практическія аналогиченъ для политики и другихъ прикладныхъ наукъ; разница же заключается въ исходномъ практическомъ запросѣ. Присмотримся, въ какой мѣрѣ?

Вѣдь и въ политикѣ то, что *б* есть средство къ *а*, не потому переводится въ практическое сужденіе (что *б* подлежитъ осуществленію), что у насъ есть запросъ: ввести *какую-нибудь* норму; а потому, что—*а* необходимо (ср. гл. III, § 7). Слѣдовательно, положеніе совершенно аналогично тому, что имѣетъ



мѣсто и въ другихъ прикладныхъ наукахъ. Но разница въ томъ, что вообще то въ прикладныхъ наукахъ необходимость, желательность цѣли *(a)* дается категорически, предполагается „сама собой“; въ политикѣ же необходимость цѣли устанавливается запросомъ de lege ferenda. Въ прикладныхъ наукахъ—практическое преслѣдованіе цѣли есть данный фактъ, исходя изъ котораго, примѣнительно къ которому прикладная теорія подыщетъ средства. Технологъ не исходитъ изъ запроса: какую бы создать машину въ данномъ производствѣ (запроса de „machina“ ferenda), или медикъ: какую бы совершить операцію,—чтобы отъ этихъ запросовъ перейти къ отвѣтамъ: создать такую машину (совершить такую операцію), которая въ данномъ случаѣ осуществитъ подлежащія преслѣдованію цѣли, которая явится для нихъ надлежащимъ средствомъ. И технологъ, и медикъ и проч. непосредственно исходятъ изъ этой подлежащей преслѣдованію цѣли, и переходя отъ нея къ средствамъ ея осуществленія, обращаются къ созданію машины, совершенію операціи и проч. Въ политикѣ права—практическое преслѣдованіе цѣли не есть—данный фактъ, а нѣчто требующее еще установленія и устанавливаемое въ связи съ запросомъ de lege ferenda. Конечно, возможно вполнѣ, чтобы при наличности преслѣдованія общественныхъ цѣлей (какъ факта), мы занялись изученіемъ средствъ ихъ достиженія, съ тѣмъ, чтобы практически ихъ использовать. Это возможно и это и совершается въ прикладной наукѣ общественности. Прикладная наука общественности (формально) вполнѣ тождественна со всякой другой прикладной наукой. Но есть возможность подойти къ ней и иначе,—и это, именно, путь, по которому подходитъ политика права проф. Петражицкаго.

Первый путь—общій всѣмъ прикладнымъ наукамъ—исходитъ отъ общественныхъ цѣлей и подходитъ къ праву, какъ къ одному изъ средствъ ихъ достиженія. Второй исходитъ изъ права, изъ запросовъ его собственнаго существованія, или вѣрнѣе—„становленія“ (значитъ, отъ того, что само и послужитъ средствомъ). Право создается; изъ за него идетъ борьба; можно повліять на то, какимъ оно будетъ,—какимъ же ему

быть? И вотъ изъ нѣдръ самаго права, его осуществленія, ученія о немъ, ставшемъ въ общественной жизни самоцѣнностью, выростаетъ *правовой* запросъ: какъ ему быть?—de lege ferenda. И вотъ въ отвѣтъ можно постановить (т. е. практическимъ сужденіемъ отвѣтить) различное; но въ частности и такъ, что право должно быть такимъ, каковымъ оно способно осуществлять общественныя цѣли. Или—другими словами—на запросъ de lege ferenda постановляется санкціонировать преслѣдованіе правомъ общественныхъ цѣлей, а слѣдовательно требуется изслѣдованіе права, какъ средства къ нимъ.

Такимъ образомъ задача проф. Петражицкаго въ его ученіи о политикѣ въ сущности есть—привлеченіе прикладной науки общественности для отвѣта на запросъ de lege ferenda.

Въ отличіе отъ другихъ прикладныхъ наукъ, исходнымъ запросомъ въ политикѣ не является практическій запросъ преслѣдованія цѣлей, а правовой (правнопрактическій) запросъ о томъ, каковы должны быть правовыя явленія (могущія послужить намъ въ качествѣ средствъ); и уже въ отвѣтъ на этотъ общій запросъ мы санкціонируемъ практическій (о преслѣдованіи цѣлей) и тѣмъ дифференцируемъ нашъ правовой (правнопрактическій) запросъ въ политикоправный: правовыя явленія должны быть такими, какими они явятся, какъ средства. Слѣдовательно въ политикѣ исходные запросы прикладной науки санкціонируются не безъ дальнѣйшаго обоснованія, какъ въ другихъ прикладныхъ наукахъ, а въ отвѣтъ на общій запросъ о правѣ de lege ferenda,—т. е. на правопрактическій запросъ о томъ, каковыми быть этимъ средствамъ.

Но и такое отличіе въ конструкціи политики, какъ прикладной науки, привлекаемой для отвѣта на запросъ, какимъ быть праву,—не вноситъ въ нее какихъ либо принципіальныхъ отличій отъ другихъ прикладныхъ наукъ. Отличіе только въ стимулѣ ихъ разработки, не въ нихъ самихъ.

Еще одинъ вопросъ требуетъ нашего вниманія въ этомъ мѣстѣ. Мы видѣли, что политика права есть прикладная наука. Съ другой стороны мы видѣли, что въ политикѣ (и во-



обще въ прикладныхъ наукахъ) имѣются элементы какъ теоретическіе, такъ и деонтологическіе. И вотъ возникаетъ вопросъ, не есть ли нѣкоторое смѣшеніе теоріи и деонтологіи характерное свойство прикладной науки, и не является ли такое смѣшеніе закономѣрнымъ, самостоятельнымъ продуктомъ, создающимъ коренное отличіе прикладной науки какъ отъ теоріи, такъ и отъ деонтологіи? (Мы имѣемъ здѣсь въ виду деонтологію цѣлей).

Намъ кажется, что нѣтъ.

Мы видѣли уже, что возможна такая постановка задачи прикладной науки, когда цѣль, осуществленіе которой ей приходится изслѣдовать, дана заранѣе, и остается найти средства ея осуществленія. Мало того—именно, это и есть принципіальная, типичная задача прикладной науки, а въ частности и политика права. А между тѣмъ при такой постановкѣ мы имѣемъ дѣло съ одной теоріей безо всякой примѣси деонтологіи цѣлей. Аналогично и при второй—критической постановкѣ задачи, когда мы провѣряемъ цѣлесообразность даннаго средства, т. е. выводимъ изъ него послѣдствія и сравниваемъ съ искомыми; и здѣсь эти искомыя послѣдствія даны заранѣе, а въ политикѣ (вообще—прикладной наукѣ) приходится производить одну теоретическую работу. Уже отсюда ясно, что какое бы то ни было сочетаніе теоріи и деонтологіи отнюдь не обязательно, и даже не типично для прикладной науки, ибо она бываетъ и чисто теоретической. Мало того, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ фактически работа производится путемъ чередованія теоретическихъ и деонтологическихъ соображеній, она можетъ быть изложена, построена, передана чисто теоретически. Въ самомъ дѣлѣ, постановка цѣлей можетъ быть провизорной; при изученіи (теоретическомъ) въ прикладной наукѣ средствъ къ нимъ, можетъ оказаться, что ихъ для такой цѣли не хватитъ (или—хватитъ на бо́льшую). Тогда цѣль уменьшается (или увеличивается), вообще измѣняется въ соотвѣтствіи въ найденными свойствами ея; такой процессъ можетъ повторяться нѣсколько разъ, пока мы не установимъ такихъ цѣлей, по отношенію къ которымъ могутъ быть опредѣлены и средства. Въ такомъ слу-



чаѣ, первая часть работы (могущая быть произведенной сокращенно, приблизительно, въ общихъ чертахъ, достаточныхъ для опредѣленія несоотвѣтствія между искомымъ и даннымъ), работа нащупыванія пригодныхъ цѣлей, на которыхъ бы можно было остановиться—можетъ остаться въ предѣлахъ той эвристической работы, которая имѣетъ значеніе только субъективное и индивидуальное, а не объективное и общенаучное; которая относится къ біографіи ученаго, а не къ исторіи науки. А та часть работы, которая собственно осуществитъ задачу прикладной науки, будетъ чисто теоретической.

Итакъ, прикладная наука будетъ прикладной теоріей.

Но несомнѣнно, что та смѣшанная работа, которая въ только что указанномъ случаѣ остается индивидуальной—все же (хотя бы и только въ видѣ такой предварительной) существуетъ; несомнѣнно также, что она можетъ войти въ составъ окончательной, „общенаучной". Въ чемъ же тутъ дѣло?

Мы уже указывали, что и цѣли, даже если онѣ идеально систематизированы и разработаны, нуждаются для примѣненія ко всякой возможной конкретности—въ приспособленіи къ ней,—въ прикладной деонтологіи. Что она не существуетъ въ конкретныхъ изслѣдованіяхъ (между тѣмъ какъ прикладная теорія существуетъ)—не удивительно, такъ какъ вообще ученіе о цѣляхъ не только прикладное, но и систематическое еще мало подвергнуто разработкѣ; здѣсь мѣсто науки и мысли почти безраздѣльно занимаетъ чувство, интуиція.

Итакъ, прикладная деонтологія самостоятельно не разрабатывается. Но кромѣ того—какъ мы видѣли выше — въ прикладномъ изученіи — система, порядокъ всецѣло подчиняются основному регулятиву: приспособленію къ конкретной задачѣ. Это имѣетъ мѣсто и по отношенію къ теоретической сторонѣ, взятой самой по себѣ: прикладное изученіе подбираетъ изъ разныхъ наукъ и изъ разныхъ частей одной—то, что нужно для отвѣта на данный конкретный запросъ. Но то же происходитъ и по отношенію къ теоріи и деонтологіи вмѣстѣ взятымъ: прикладное изученіе можетъ выбирать изъ разныхъ теорій





и деонтологій то, что ему въ данномъ конкретномъ случаѣ нужно. Когда прикладное изученіе не находитъ нужнаго ему готовымъ, а само должно создать его, оно создаетъ въ томъ же порядкѣ, обусловленномъ приспособленіемъ къ конкретному запросу.

Словомъ, прикладной бываетъ какъ теорія (средствъ), такъ и деонтологія (цѣлей). Отчасти въ силу неразработанности послѣдней (и деонтологіи вообще), а главнымъ образомъ въ силу основного запроса всякаго прикладнаго изученія—приспособленія къ разрѣшенію конкретнаго запроса—прикладная теорія и прикладная деонтологія могутъ въ той или иной конкретной работѣ (статьѣ, монографіи и т. д.) чередоваться, перемежаться. Но это будетъ обусловленная обстоятельствами механическая смѣсь ихъ, не „химическая"; никакого новаго продукта—теоретико-деонтологическаго здѣсь не получится,—съ одной стороны; съ другой же—каждая изъ нихъ вполнѣ можетъ быть и независимо развиваемой отъ другой: существуетъ и прикладная теорія и прикладная деонтологія.

Все сказанное вполнѣ примѣнимо и къ политикѣ права: она можетъ быть и прикладной теоріей общественности, можетъ заключать въ себѣ и прикладную деонтологію ея. Часто та и другая могутъ быть фактически совмѣщаемы въ одной статьѣ; пожалуй, еще чаще мы встрѣчаемся съ одной прикладной теоріей.

XII.

Тѣ выводы, къ которымъ мы пришли въ предшествующихъ главахъ, въ существенномъ соотвѣтствуютъ замѣчаніямъ, разбросаннымъ въ той послѣдней главѣ послѣдней книги „Логики" Д. С. Милля [1]), которая одна посвящена вопросамъ методологіи „практики или искусства, включая мораль и политику".

Такое соотвѣтствіе представляется намъ въ методологическомъ отношеніи небезынтересныімъ, такъ какъ замѣчанія

[1]) J. S. Mill, A. system of Logic, B. VI, ch. XII.



Милля сдѣланы апріорно, выведены изъ общей концепціи „практики или искусства“, наши же заключенія выведены изъ обстоятельнаго анализа одного изъ такихъ „искусствъ“, изъ конкретной теоріи, касающейся одного изъ нихъ. Такой путь является какъ бы провѣркой перваго. Поэтому мы позволимъ себѣ здѣсь вкратцѣ остановиться на замѣчаніяхъ Милля.

Терминологія у него совершенно не установлена. Такъ подъ „искусствомъ“ Милль подразумѣваетъ главнымъ образомъ „деонтологію“ — совокупность „правилъ или наставленій“, нормативныхъ сужденій (§ 1) въ частности и общую деонтологію—систему конечныхъ цѣлей (§ 6) [1]; но съ другой стороны—подъ этимъ же названіемъ онъ подразумѣваетъ и совокупность правилъ въ соединеніи съ тѣми теоретическими сужденіями, которыя необходимы для ихъ обоснованія (§ 5). „Искусство вообще“, говоритъ онъ тамъ же: „состоитъ изъ истинъ науки, расположенныхъ въ порядкѣ, наиболѣе подходящемъ для практики, вмѣсто порядка наиболѣе подходящаго для мысли“. Здѣсь, значитъ, подъ искусствомъ подразумѣвается прикладная наука. А между тѣмъ такое смѣшеніе весьма ошибочно, такъ какъ—если прикладная наука и приводитъ къ деонтологіи (совокупности правилъ), то не всякая деонтологія предполагаетъ прикладную науку (см. Гл. V, § XVII стр. 55—58). Но какъ бы то ни было, здѣсь намѣчено соотношеніе деонтологіи и прикладной науки въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ сочетаются. „Искусство“, говоритъ Милль въ § 2, „ставитъ себѣ имѣющую быть достигнутой цѣль, опредѣляетъ ее и передаетъ ее наукѣ. Наука принимаетъ ее, разсматриваетъ какъ явленіе, или послѣдствіе, долженствующее быть изученнымъ, и разсмотрѣвъ его причины и условія, возвращаетъ обратно искусству съ теоремой, опредѣляющей ту совокупность обстоятельствъ, послѣдствіемъ которыхъ она является. Затѣмъ искусство разсматриваетъ эти совокупности

---

[1]) „Если разсужденія, соединяющія цѣль или замыселъ каждаго искусства съ ихъ средствами, принадлежатъ наукѣ, то опредѣленіе самой цѣли всецѣло относится къ искусству, составляя его спеціальную область“.



и сообразно тому, находятся-ли онѣ или нѣтъ въ человѣческой власти, утверждаетъ достижимость или недостижимость цѣли".

Итакъ, здѣсь указано, что нормативна только цѣль (запросъ), а подысканіе для нея средствъ (отвѣтъ на запросъ) всецѣло теоретично. Къ этому выводу мы пришли въ предшествующемъ, анализируя политику права. Милль прибавляетъ еще неясное замѣчаніе о томъ, что „искусство" провѣряетъ достижимость средствъ. Намъ кажется приписываніе этой функціи деонтологіи [1]) совершенно неправильнымъ, ибо изученіе наличности условій—это изученіе не должнаго, а факта, не деонтологія, а теорія. Правда, это не та теорія, которая построяетъ средства,—но все же теорія, только изучающая конкретные факты, реальную, конкретную дѣйствительность. Можетъ быть въ приписываніи этой функціи „искусству", деонтологіи—сказывается смутное сознаніе того, что постановкой цѣли роль деонтологіи не вполнѣ исчерпывается: приспособивъ теорію къ поставленнымъ цѣлямъ и провѣривъ, достижимы-ли онѣ, надо ещё приспособить цѣли къ наличнымъ средствамъ, слѣд. къ прикладной теоріи должна быть присоединена и прикладная деонтологія. Но только роль этой прикладной деонтологіи неправильно опредѣлена—она состоитъ не въ провѣркѣ достижимости, а въ приспособленіи цѣлей.

Такимъ образомъ, выдѣляя существенный пунктъ, мы можемъ сказать, что Милль считаетъ „искусство"—теоретическимъ отвѣтомъ на практическій запросъ, а не практической же, деонтологической дисциплиной. Это и было выше выведено относительно прикладной науки. Правда, Милль въ силу коренной невыясненности употребляемаго имъ понятія „искусство" не можетъ не впасть въ противорѣчіе: § 4 онъ посвящаетъ выясненію того, что правила поведенія (имѣетъ въ виду—политическаго, т. е. часть политики права) не

[1]) „Искусство" здѣсь противопоставляется „наукѣ" и слѣд. не можетъ быть истолковано, какъ „прикладная наука", а въ другомъ изъ указанныхъ выше значеній этого термина—„деонтологіи".



должны дедуктивно выводиться изъ общихъ нормативныхъ положенiй (деонтологически), а должны быть теоретически построяемы; а въ § 6—онъ какъ разъ понимаетъ „искусство", какъ совокупность высшихъ нормативныхъ поссылокъ и *выведенныхъ изъ нихъ* положенiй. Но это противорѣчiе легко разрѣшается уже выше отмѣченной нами неясностью термина „искусство", обозначающаго въ первомъ случаѣ прикладную науку, въ другомъ—деонтологiю.

Далѣе, Милль (§ 5) отмѣчаетъ различiе „искусства" отъ науки (т. е. здѣсь—прикладной науки отъ чистой) въ томъ, что первое „исходя изъ общихъ положенiй изслѣдуетъ только тѣ ихъ частныя развѣтвленiя, которыя приводятъ къ образованiю правилъ поведенiя". Точно также онъ отмѣчаетъ и другую черту искусства, что оно „сближаетъ изъ наиболѣе отдаленныхъ частей науки истины, касающiяся произведенiя различныхъ и разнообразныхъ условiй, необходимыхъ для каждаго послѣдствiя, требуемаго запросами практической жизни". Такимъ образомъ дана характеристика прикладной науки, какъ систематически не связанныхъ отрывковъ изъ разныхъ теорiй, приспособленныхъ къ отвѣту на данный запросъ.

Наконецъ, намѣченъ—хотя, правда, только бѣглымъ придаточнымъ предложенiемъ, моментъ метода, бросающiйся въ глаза въ прикладной наукѣ: „Между тѣмъ какъ наука [1]) прослѣживаетъ соотношенiе одной причины къ ея различнымъ послѣдствiямъ, въ то время какъ искусство [2]) прослѣживаетъ соотношенiе одного послѣдствiя къ его многимъ и различнымъ причинамъ и условiямъ...." (§ 5). Здѣсь указанъ моментъ регрессивности метода.

Относительно метода имѣются еще только два замѣчанiя, которые мы считаемъ нужнымъ здѣсь привести.

Во-первыхъ, Милль предостерегаетъ отъ установленiя правила прежде чѣмъ не доведено до конца, не исчерпано теоретическое изученiе (§ 3); въ противномъ случаѣ всегда возможно, что мы не примемъ во вниманiе какъ разъ такихъ

---

[1]) Т. е. чистая теорiя.

[2]) Т. е. прикладная теорiя.

изъ дѣйствующихъ условій, наличность которыхъ будетъ противодѣйствовать появленію искомаго послѣдствія. На самомъ же дѣлѣ, правила должны быть созданы и при несовершенномъ состояніи теоріи, поэтому они могутъ быть только провизорными и соотвѣтствовать наиболѣе обычнымъ и многочисленнымъ случаямъ (§ 3).

Въ другомъ параграфѣ (5) Милль указываетъ на такой способъ изслѣдованія: сперва создается представленіе о цѣли, затѣмъ изучаются условія ея полученія, затѣмъ дѣлается общій обзоръ тѣхъ рессурсовъ которыми, мы располагаемъ для осуществленія этого ряда условій; воплотивъ результатъ этого обзора въ наименьшее число наиболѣе общихъ предложеній, мы въ нихъ и будемъ имѣть выраженіе общаго соотношенія между наличными средствами и цѣлью; они и составятъ общую теорію даннаго искусства (§ 5) [1].

Мы не станемъ здѣсь подробнѣе отмѣчать нѣкоторой скомканности этихъ методологическихъ замѣчаній. Какъ и другія—они бѣглы, неполны, скорѣе намеки,—но насъ они интересовали и мы считали долгомъ ихъ привести, въ силу той близости, въ какой—въ существенномъ находятся съ ними обосновываемые нами взгляды.

Недостатки этихъ замѣчаній (помимо ихъ бѣглости) заключаются въ томъ, что Милль не ясно различаетъ деонтологію отъ прикладной науки. Въ ней онъ оставилъ безъ вниманія обычное взаимодѣйствіе прикладной теоріи и прикладной деонтологіи. Милль совершенно недостаточно остановился на методѣ прикладной науки, что—впрочемъ—вполнѣ понятно, если принять во вниманіе, 1) что онъ вообще занятъ болѣе доказательными, нежели эвристическими методами [2]), а 2) что онъ вездѣ изучаетъ простые, а не слож-

---

[1]) Отмѣтимъ мимоходомъ нѣкоторую противорѣчивость этихъ двухъ замѣчаній, со вторымъ изъ которыхъ трудно согласиться. Впрочимъ, анализъ его завелъ бы насъ въ настоящемъ мѣстѣ слишкомъ далеко, и мы принуждены отъ него отказаться.

[2]) Хотя въ 6-ой книгѣ „Логики“ эта особенность исчезаетъ, и напр. обратно дедуктивный или историческій методъ (гл. X) ставитъ проблемму „регрессивной“ методологіи.

ные методы. Въ связи съ этимъ онъ (какъ и въ другихъ частяхъ логики) сильно упростилъ составъ подвергаемаго анализу—„искусства“. Наконецъ, Милль совершенно не коснулся перехода теоретическаго положенія въ практическое, проявляющагося здѣсь практическаго метода и его примѣненія.

Милль не ограничивается этими замѣчаніями. Указавъ, что цѣль „искусства“ дается имъ самимъ, онъ хочетъ построить общеобязательную деонтологію. Таковой должна быть „телеологія или ученіе о цѣляхъ“, тождественное съ „искусствомъ жизни“, разбивающимся на нравственность, политику и эстетику (§ 6). Эта деонтологія должна обладать единымъ верховнымъ принципомъ и „таковымъ—выражаетъ Милль свое убѣжденіе—должно быть преслѣдованіе всеобщаго счастія“. Проблемы долженствованія были слишкомъ мало разработаны и даже сознаны во время написанія „Логики“, чтобы мы могли претендовать на скудость даннаго Миллемъ по методологіи и классификаціи дисциплинъ въ этомъ направленіи. Разсматривая здѣсь не теорію деонтологіи, а теорію прикладной науки, мы не считаемъ нужнымъ мотивировать наше полное несогласіе съ этими взглядами великаго англійскаго мыслителя.

XIII.

Итакъ, прикладныя науки изучаютъ данныя явленія, какъ средства къ нѣкоторымъ цѣлямъ. Но цѣли могутъ быть разнаго характера, и притомъ въ самыхъ различныхъ отношеніяхъ. Мы здѣсь разсмотримъ съ точки зрѣнія методологіи только одно изъ нихъ.

Цѣль можетъ быть поставлена абстрактная и конкретная; цѣль можетъ быть общая и индивидуальная. При этомъ—эти два дѣленія не совпадаютъ. Что касается перваго, то оно во многихъ поясненіяхъ не нуждается: мы можемъ искать въ искомомъ послѣдствіи что-либо опредѣленно конкретное, стремиться произвести эффектъ, желательный намъ во всей его конкретности. Или же мы можемъ въ эффектѣ дорожить только какой нибудь отвлеченной его особенностью, т. е. можемъ поставить себѣ цѣлью—эффектъ, который бы отвѣчалъ этому отвлечен-

ному требованію, безразлично—въ какую конкретную форму оно не воплотилось бы.

Но тотъ и другой эффектъ, отвлеченный и конкретный,—можетъ быть индивидуально искомымъ, или нѣтъ. Подъ первымъ мы подразумѣваемъ, что цѣль наша должна осуществиться въ индивидуальномъ моментѣ, въ индивидуальной обстановкѣ реальности, въ опредѣленномъ разрѣзѣ времени и пространства. Подъ общею цѣлью – мы подразумѣваемъ такую, которая бы могла осуществляться въ разные моменты, которая была бы общей для многихъ. Очевидно, что для того, чтобы быть осуществленной, всякая цѣль должна быть индивидуализирована, такъ какъ осуществленіе возможно только въ опредѣленный моментъ; но за то общая цѣль можетъ быть и индивидуализирована многократно въ разные моменты.

Общность, а въ особенности абстрактность—понятія относительныя. Цѣль можетъ быть болѣе или менѣе конкретной или абстрактной; можетъ быть и болѣе или менѣе общей. Но между тѣмъ какъ первая пара подвижна (цѣль абстрактная по отношенію къ другой, можетъ быть конкретной по отношенію къ третьей), общность—всегда остается общностью, такъ какъ индивидуальность цѣли—постоянна и неизмѣнна. Не слѣдуетъ думать, что обѣ пары понятій соотносительны. Индивидуальной цѣлью можетъ быть и абстрактная, такъ какъ не всегда намъ важно осуществленіе конкретнаго эффекта. Для насъ можетъ имѣть значеніе осуществленіе въ опредѣленный моментъ времени, пространства, въ опредѣленной обстановкѣ эффекта, опредѣленнаго какимъ нибудь абстрактнымъ моментомъ, безразлично въ какомъ конкретномъ осуществленіи эта абстрактная особенность ни проявится.

Соотвѣтственно и средства могутъ быть разсматриваемы и въ ихъ абстрактныхъ свойствахъ и въ конкретныхъ, и въ общихъ особенностяхъ и въ индивидуальныхъ. Индивидуальныя средства это тѣ, которыя имѣются въ наличности въ той обстановкѣ, въ которой должна быть осуществлена цѣль. Общія—независимы отъ индивидуальнаго момента, а покрываютъ всѣ возможныя въ данной категоріи явленія—средства. Сообразно запросу (цѣли), ихъ можно разсматривать въ ихъ

отвлеченныхъ особенностяхъ, или во всей совокупности конкретныхъ свойствъ.

Абстрактная цѣль общимъ образомъ достигается абстрактными же средствами. Т. е. въ дѣйствительности, она можетъ быть достигнута только конкретными и индивидуальными средствами. Но можно поставить общею задачею при преслѣдованіи абстрактнаго эффекта—изучить, какое сочетаніе отвлеченныхъ же моментовъ въ средствахъ имѣютъ своимъ послѣдствіемъ данную (абстрактную) цѣль. Возможно, что и такихъ средствъ для достиженія одного эффекта будетъ нѣсколько комбинацій. Но далѣе—всякая абстрактная комбинація фактически существуетъ (или—должна существовать) реально-конкретно. Но всякая абстрактная комбинація совмѣстима съ разными конкретизаціями, поэтому при конкретизаціи абстрактнаго средства возможны разные конкретныя осуществленія его, т. е. конкретныхъ средствъ для удовлетворенія абстрактной цѣли должно быть всегда множество. А при сколько нибудь большой степени отвлеченія, предполагающей рядъ ступеней приближенія къ конкретности, можно даже сказать—безчисленное множество. Но такъ какъ всѣ возможныя конкретныя комбинаціи неисчислимы и неопредѣлимы, то сама по себѣ задача нахожденія конкретныхъ средствъ для осуществленія абстрактной цѣли—безплодна. Такимъ образомъ, хотя осуществлена абстрактная цѣль можетъ быть только конкретными средствами, но—въ силу указаннаго—важно построить, именно, абстрактную же совокупность средствъ, ибо такая совокупность едина или ихъ немного, а конкретныхъ—безконечное множество.

Иное дѣло индивидуализація средствъ, т. е. отысканіе ихъ не только при условіи конкретности, но и при условіи данной ихъ наличности. Если конкретизація увеличиваетъ возможныя средства, то индивидуализація сокращаетъ эти возможности. Поэтому индивидуализація имѣетъ значеніе не только для *выбора* изъ многихъ конкретныхъ комбинацій тѣхъ, которыя подходятъ къ наличнымъ условіямъ, которыя осуществимы, но и *для направленія* самой конкретизаціи (примѣнительно къ этимъ условіямъ). А для этого необходимо изученіе налич-



ныхъ условій; слѣдовательно для индивидуализаціи условій требуется ихъ изученіе,—описательная конкретная наука.

Теперь перейдемъ къ конкретнымъ цѣлямъ. Конкретная цѣль для средства есть его конкретный эффектъ. Значитъ, здѣсь мы имѣемъ дѣло съ причинною связью конкретныхъ явленій. Значитъ, здѣсь приложимы въ меньшей мѣрѣ строгіе методы и въ большей—эмпирическіе пріемы изслѣдованія. Мы здѣсь хотимъ остановиться только на одной особенности такого изученія. Въ конкретныхъ искомыхъ послѣдствіяхъ (цѣляхъ) можно путемъ анализа выдѣлить нѣкоторый отвлеченный моментъ, изучить способы его полученія, затѣмъ тоже примѣнить къ другому, третьему—и такъ имѣть способы полученія всѣхъ отдѣльныхъ частей анализированнаго конкретнаго эффекта (цѣли). Этимъ путемъ мы конкретный эффектъ можетъ свести на совокупность отвлеченныхъ. Но эффектъ есть совокупная цѣль, запросъ,—можемъ-ли мы тѣмъ самымъ свести и конкретную цѣль на совокупность абстрактныхъ?

Если эффектъ разлагается на рядъ составныхъ элементовъ, то это отнюдь не значитъ, чтобы совокупность условій этихъ элементовъ давала бы послѣдствіемъ своимъ—совокупный эффектъ. Во 1), совокупность условій данныхъ элементовъ могла бы дать совокупность этихъ элементовъ, но отнюдь не совокупный эффектъ. Каждый же изъ элементовъ, какъ самъ по себѣ—отвлеченый, осуществился бы въ какой нибудь конкретизаціи,—и получился бы рядъ конкретныхъ эффектовъ, въ каждомъ изъ которыхъ имѣлся бы нѣкоторый составной элементъ искомаго (единаго) эффекта. Но 2) даже и этого могло бы и не произойти, такъ какъ совмѣстное осуществленіе условій (разныхъ элементовъ эффекта) могло бы привести къ противоположному результату—уничтоженія нѣкоторыхъ изъ этихъ элементовъ. Пусть a, b, c суть условія A; d, e, f—условія B, и g, h, k—условія C. При наличности abc, def, ghk порознь—получается соотвѣтственно A, B, C. Но если взять совмѣстно abcdefghk,—то можетъ такъ случиться, что не только не получится ABC, но даже не получится Akm, Bpr, Csq (какъ въ случаѣ 1), а вообще ни A, ни B—не по-



лучится. Для этого достаточно, чтобы, напр., а парализовало d, g—b,—и эффекты А и В совершенно отпадутъ.

Такимъ образомъ, *сведеніе конкретной цѣли на совокупность абстрактныхъ—не является надлежащимъ пріемомъ для достиженія первой.*

Тѣмъ не менѣе сведеніе конкретной цѣли на абстрактную въ видѣ вспомогательнаго пріема—вполнѣ правильно и необходимо,—только инымъ путемъ. Мы не разложимъ конкретную цѣль на всѣ составные отвлеченные элементы, а выдѣлимъ только одинъ—существенный. Пусть наша цѣль AB. Выдѣлимъ A; положимъ, что средства его осуществленія abc. Чтобы отсюда перейти къ искому средству (для AB), мы не поставимъ такой задачи: каково средство для полученія B? Ибо рѣшеніе ея насъ никуда не подвинетъ. Вопросъ долженъ быть поставленъ совершенно иначе, именно: какъ слѣдуетъ видоизмѣнить abc, чтобы послѣдствіе измѣнилось съ A на AB. Можетъ оказаться, что это измѣненіе сведется къ прибавленію къ abc—d, хотя d отнюдь не есть само по себѣ условіе для B, ни даже часть его; можетъ оказаться, что это измѣненіе потребуетъ сокращенія условій для A, напр., abd, или на ab. Можетъ оказаться, что въ условія AB вообще не входятъ ни a, ни b, ни c. И отсюда слѣдуетъ вывести, что 1) вообще сведеніе конкретной цѣли (AB) на абстрактную (A) не всегда гарантируетъ правильность пути изслѣдованія, и 2) что при этомъ сведеніи надо выбрать такую абстрактную, которая эвристически, дѣйствительно, оказалась бы полезной. (Напр., если условіе A—abc, условіе B—def, а условіе AB—abcd, то сведеніе AB должно быть на A, а не на B).

Если конкретность цѣли большая (ABCD...), то такой пріемъ можетъ прилагаться послѣдовательно нѣсколько разъ; но ясно насколько онъ при этомъ затрудняется. Поэтому не слѣдуетъ думать, что цѣли можно расположить въ порядкѣ убывающей абстрактности, и что разрѣшеніе предшествующихъ построяетъ фундаментъ для разрѣшенія послѣдующихъ. 1) Одинъ и тотъ же абстрактный элементъ (A) въ разныхъ конкретныхъ цѣляхъ (ABC и ADE) можетъ имѣть совершенно разное значеніе: въ одной онъ можетъ явиться существеннымъ (въ

вышеуказанномъ смыслѣ), въ другомъ—нѣтъ; въ одномъ — найти условія А имѣетъ рѣшающее значеніе, въ другомъ— совершенно безполезно, а исходить надо изъ другого элемента. 2) При послѣдовательныхъ конкретизаціяхъ отнюдь не приходится всегда опираться на предыдущую степень конкретизаціи. Это и другія (легко отсюда выводимыя) замѣчанія—только слѣдствія изъ того основного момента, что, построяя условія абстрактнаго послѣдствія, мы по существу—ставимъ условную и частичную задачу, ибо осуществиться послѣдствіе можетъ только конкретно, съ абстрактнымъ моментомъ только какъ со своей составной частью; а, слѣд., конкретизируя цѣль, мы не только ее конкретизируемъ, но и выдѣляемъ изъ другихъ конкретныхъ, возможныхъ, противопоставляемъ имъ; а, слѣд., намъ можетъ понадобиться не только конкретизировать условія, а и подобрать другія. И въ особенности это справедливо, если, изучая условія абстрактнаго эффекта, мы не построяемъ всѣхъ возможныхъ сочетаній условій (что мы и не можемъ сдѣлать), а только нѣкоторыя или одно.

Аналогичное должно быть сказано и объ индивидуальной цѣли. Индивидуальная цѣль—та же конкретная, съ тѣмъ отличіемъ, что она взята во всей реальной обстановкѣ своей: это не только конкретная цѣль, взятая сама по себѣ, но конкретная цѣль при опредѣленныхъ реальныхъ обстоятельствахъ мѣста и времени. И условія индивидуальной цѣли— это не только условія въ степени конкретности, достаточной для полученія искомой цѣли, а еще—для полученія ея при данной реальной обстановкѣ, т. е. съ такими конкретными особенностями, съ такой конкретизаціей, которая къ цѣли никакого отношенія уже и не имѣетъ. Тѣмъ не менѣе эти особенности существуютъ, а слѣдовательно ихъ надо принимать во вниманіе, ибо онѣ могутъ парализовать дѣйствіе средства. Слѣдовательно здѣсь мало конкретизировать средство, мало построить условія,—надо еще изучить индивидуальную среду ихъ проявленія—нѣтъ ли въ ней противодѣйствующихъ условій (ср. Милль, op. cit. § 3).

Надо изучить не только то, что къ цѣли относится (какъ ея средство), но и то, что къ ней не относится, но имѣется

въ ея обстановкѣ, въ средѣ наличныхъ условій, и можетъ помѣшать ея осуществленію. Слѣдовательно здѣсь мало науки (абстрактной) о свойствахъ явленій, служащихъ намъ средствами и о законахъ ихъ функціонированія—нужно еще конкретное изученіе (описательно-историческое) данной среды, въ которыхъ они будутъ функціонировать.

Но по отношенію къ индивидуальнымъ цѣлямъ можетъ быть и еще другой путь изслѣдованія кромѣ нисхожденія отъ абстрактныхъ цѣлей и кромѣ установленія эмпирическихъ закономѣрностей. Именно, всякая индивидуальная цѣль должна быть осуществлена въ опредѣленный моментъ времени и пространства; поэтому можно поставить задачей разсмотрѣть, что произойдетъ при данныхъ условіяхъ въ этотъ моментъ времени и пространства, и затѣмъ поставить для изслѣдованія вопросъ: какое измѣненіе въ наличныхъ условіяхъ измѣнитъ предвидимое послѣдствіе на искомое.

Итакъ, цѣль и средства могутъ быть абстрактными, конкретными, индивидуальными. Въ видѣ установленія Grenzbegriffe можно сказать, что изученіе прикладной науки съ одной стороны переходитъ въ абстрактную науку, съ другой упирается въ такое соображеніе условій осуществленія, которое къ наукѣ вообще отнесено быть не можетъ, также какъ и не можетъ быть заранѣе учитано, а примѣняется къ мелочамъ индивидуальной среды осуществленія цѣли; между тѣмъ построеніе отвлеченныхъ условій отвлеченнаго послѣдствія—есть несомнѣнная задача соотвѣтствующей систематической (чистой) теоріи. Мы указывали уже на то, что всякій реальный, практическій запросъ по существу своему индивидуаленъ; общимъ онъ можетъ быть только въ теоретическомъ, вспомогательномъ отношеніи, какъ общая предпосылка для многихъ практическихъ, реальныхъ осуществленій.

Но вотъ, въ разныхъ прикладныхъ наукахъ центръ вниманія и значенія падаетъ на разные моменты—въ иныхъ на абстрактныя постановки вопросовъ, въ иныхъ на конкретныя, въ иныхъ на общія, въ иныхъ на индивидуальныя. Сообразно съ этимъ иныя прикладныя науки сближаются съ соотвѣтствую-



щими чистыми, иные являются почти только нѣкоторымъ придаткомъ къ практической дѣятельности. Зависитъ это различіе отъ весьма различныхъ причинъ. Прежде всего—отъ роста и дифференціаціи данной области. Въ началѣ развитія—прикладная наука фиксируетъ наиболѣе насущное—искомое осуществленіе цѣли—и соотвѣтственно центръ тяжести переноситъ на индивидуальный конечный моментъ. По мѣрѣ же наростанія знанія, отдѣльныя части прикладной науки, изучающей данную область, дифференцируются въ самостоятельныя вѣтви, при чемъ разныя—посвящены разнымъ стадіямъ даннаго изученія: иныя болѣе отвлеченнымъ, иныя болѣе конкретнымъ и, наконецъ, ихъ индивидуализаціи.

(Дѣло здѣсь не только въ наростаніи матеріала и въ соотвѣтствующемъ распредѣленіи его, а и въ появленіи новыхъ вѣтвей изслѣдованія, болѣе или менѣе самостоятельныхъ, обусловленныхъ, однако, развитіемъ другихъ частей данной прикладной науки. Къ этому мы еще сейчасъ вернемся, —стр. 28).

Другое—еще болѣе существенное основаніе указаннаго различія заключается въ слѣдующемъ. Въ иной области—цѣль носитъ болѣе повторный характеръ, чѣмъ въ другой, напр. въ техникѣ болѣе повторный, нежели въ политикѣ права. Такой случай, какъ изданіе новаго гражданскаго уложенія—въ техникѣ, можно сказать, непрестанно повторяется въ безконечномъ числѣ экземплярахъ. Можно сказать, что въ техникѣ практическій запросъ никогда не снимается съ очереди, и нѣтъ такой цѣли, которая бы постоянно не стояла подъ вѣчнымъ вопросомъ. Каждый случай осуществленія индивидуально отличенъ. При рѣдкости случаевъ приходится приспособляться къ индивидуальной обстановкѣ данной цѣли, при большей повторности ихъ—невольно выдѣляешь общее имъ; идетъ процессъ удовлетворенія ихъ общему запросу, съ тѣмъ, чтобы отдѣльно поставить—приспособленіе къ отдѣльнымъ случаямъ.

Есть и еще основаніе такого различія: свойства объекта служащаго намъ средствомъ. Въ однихъ случаяхъ такимъ объектомъ являются повторныя силы природы, конечно, осуществляющіяся въ индивидуальныхъ проявленіяхъ, но суще-

ство которыхъ опредѣляется общими законами, математическими формулами. Въ другихъ случаяхъ, мы имѣемъ дѣло съ несравненно болѣе дифференцированнымъ и интегрированнымъ субстратомъ—растительнымъ и животнымъ, все же въ значительной степени (однако, все уменьшающейся) опредѣлимымъ родовыми и видовыми признаками; наконецъ, еще въ иныхъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ крайне сложными и индивидуализированными объектами. Конечно, логически и они могутъ быть подведены подъ родовые и видовые понятія, но это, именно, и будутъ понятія, а не реальности, живутъ же они, реальны, и примѣнимы—именно и только въ своихъ сложныхъ индивидуализированныхъ формахъ. Поэтому если относительно первыхъ абстрактный запросъ имѣетъ самостоятельное, осуществимое значенie, здѣсь—оно имѣетъ исключительно только вспомогательное значенie, для перехода къ конкретному и индивидуальному.

Но этого мало. Именно, изъ того, что существуютъ явленія сами по себѣ болѣе и менѣе „индивидуализированныя", исчерпываемыя въ своемъ существѣ общими формулами, и наоборотъ предполагающіе въ своемъ существѣ крайне сложную индивидуализацію,—изъ этого происходитъ и другое основаніе различія. Въ техникѣ реально осуществима совершенно абстрактная цѣль: полученія столькихъ то единицъ энергіи, перевода теплоты въ движеніе, электрической энергіи въ тепловую и пр. Такъ какъ эти отвлеченныя цѣли сами по себѣ могутъ входить въ составъ многихъ конкретныхъ, или служить средствомъ для многихъ конкретныхъ, то естественно существуетъ громадный интересъ выдѣлить этотъ общій моментъ, а не слить его съ какой нибудь конкретной цѣлью, или—что также скверно—съ каждой. Въ противоположномъ положеніи находится политика: въ общественности абстрактныхъ цѣлей, реально независимыхъ отъ конкретныхъ, не существуетъ. Нельзя здѣсь установить принципы паровой машины, которая бы и паровозы двигала, и корабли везла, и машины приводила въ движеніе. Рычагъ примѣнимъ въ милліонахъ комбинацій, въ каждой осуществляя—одно и тоже отвлеченнымъ образомъ опредѣленное назначеніе,

проявляющееся, конечно, въ индивидуальномъ, различномъ осуществленіи. Въ общественности нѣтъ ни той раздѣльности, ни той повторности, ни той отвлеченности реальныхъ задачъ, которыя мы имѣемъ въ техникѣ. Въ техникѣ можно изучать принципы паровой машины вообще, принципы паровой машины, предназначенной для паровоза, приспособленной къ такимъ то тяжестямъ, скорости, топливу и т. д. И каждая такая постановка будетъ одинаково реальна. Модель паровой машины не повезетъ локомотива курьерскаго поѣзда, но она осуществитъ требуемую цѣль—превратить тепловую силу въ двигательную. Ничего подобнаго нѣтъ въ общественности—здѣсь мы стоимъ передъ крайне сложной, индивидуализированной конкретностью, съ которой одной и имѣемъ дѣло.

Но и это не все. Существуетъ и еще различіе: для однихъ цѣлей условія намъ даны вполнѣ, до конца, для другихъ они въ значительной степени предоставлены нашему произволу. Общество намъ дано въ его полной индивидуальности; мы можемъ вносить въ него измѣненія (объ этомъ и ставитъ вопросъ политика), но мы не можемъ подбирать среду для этихъ измѣненій, ихъ условія. Конечно, мы можемъ измѣнить (или попытаться измѣнить) многое сразу, но вся совокупность измѣненій и будетъ всегда—искомымъ, дѣйствующимъ при данныхъ условіяхъ, наличныхъ. Между тѣмъ, въ техникѣ—мы не только создаемъ самое измѣненіе, но можемъ подыскивать ему и условія дѣйствія, создавать и самыя условія дѣйствія.

Паровую машину мы располагаемъ въ соотвѣтствующее помѣщеніе, ставимъ на колеса, проводимъ рельсы, располагаемъ угольные склады, гдѣ надо, добываемъ уголь, свозимъ его и т. д. и т. д. Мы создаемъ не только средство для полученія искомаго эффекта въ данной средѣ; мы перерабатываемъ самую среду примѣнительно къ нашему средству, создаемъ условія для дѣйствія самаго средства.

Мы не хотимъ сказать, чтобы ничего подобнаго не было и въ общественности. И здѣсь, напр., создавая (допустимъ) правовую регулировку для достиженія нѣкоторой цѣли, мы принимаемъ другія мѣры, чтобы сама эта регулировка могла

успѣшно происходить, создаемъ ей санкцію, гарантію, отмѣняемъ другія мѣры и т. д.; съ другой стороны, мы распространяемъ просвѣщеніе, чтобы создать благопріятныя условія для дѣйствія нормъ (также и обратно), повышаемъ народное благосостояніе, чтобы создать лучшія условія распространенія просвѣщенія и т. д. и т. д. Дѣло, слѣдовательно, не въ формальной разницѣ, а въ матеріальной. Мы можемъ пригласить изъ за границы учителей, инструкторовъ и пр., но мы не можемъ данный народъ замѣнить другимъ, болѣе воспріимчивымъ на данную норму, какъ мы можемъ выписать подходящую нефть или сталь, если она лучше или дешевле удовлетворитъ функціонированію нашей машины.

Словомъ, въ техникѣ мы имѣемъ дѣло съ мертвой матеріей, повторной, замѣнимой, отвлеченно опредѣляемой, допускающей безграничное построеніе и самыхъ условій дѣйствія нашихъ средствъ, исключительно разсматриваемой нами, какъ условіе и средство. Въ общественности—носитель средствъ является вмѣстѣ съ тѣмъ и носителемъ цѣлей. А это измѣняетъ положеніе не только въ смыслѣ нормативнаго велѣнія, но и въ смыслѣ фактическихъ возможностей. А отсюда получается и слѣдующій выводъ: создавая не только средства, но и условія ихъ функціонированія, мы постоянно открываемъ новыя вѣтви прикладныхъ наукъ, въ которыхъ уже не исходная потребность является цѣлью, а цѣлью является какое нибудь условіе осуществленія даннаго средства. Пусть наша цѣль осуществляется средствомъ, дѣйствующимъ при высокой температурѣ. При условіяхъ, аналогичныхъ общественности,—оно лѣтомъ дѣйствовало бы, а зимой—нѣтъ. Но въ техникѣ мы вліяемъ на самыя условія, создавая новую вѣтвь прикладной науки; мы ставимъ себѣ цѣлью, осуществленіе требуемаго условія—достиженія высокой температуры. Пускай, это достигается такими то средствами при наличности высокаго давленія. Мы поставимъ себѣ цѣлью—достиженіе высокаго давленія и т. д. А, между тѣмъ, условіе, поставленное въ качествѣ цѣли,—по существу своему представляетъ бо́льшую возможность отвлеченности, нежели исходная цѣль, ибо здѣсь цѣлью является не нѣкоторая конкрет-

ная совокупность—всѣ условія, а одно изъ условій, нѣкоторый элементъ конкретности, который можетъ часто повторяться и въ другихъ комбинаціяхъ: высокая температура, давленіе—можетъ намъ понадобиться весьма часто и для разныхъ цѣлей.

Въ силу всѣхъ этихъ причинъ въ однѣхъ областяхъ (техники) мы цѣнимъ, именно, отвлеченныя цѣли, задачи и пр.; въ другихъ—какъ разъ, наоборотъ,—индивидуальныя. Главная важность въ однихъ—отвлеченныхъ, въ другихъ—индивидуальныхъ. Поэтому индивидуализація цѣлей въ иныхъ—даже не составляетъ науки, не подвергается научному анализу, а предоставляется опыту, усмотрѣнію, ремеслу, удовлетворяется минимумомъ методической мысли; въ другой области—на такую индивидуализацію уходитъ (или должна уходить) главная масса научнаго, коллективнаго мышленія.

И не-трудно видѣть, что какъ разъ всѣ отмѣченныя условія, устанавливающія важность индивидуальнаго момента, предпочтительно передъ отвлеченнымъ,—имѣются въ общественности, въ политикѣ, между тѣмъ какъ въ ней несравненно слабѣе цѣли и задачи отвлеченныя [1]). Въ сущности тотъ моментъ, который въ политикѣ стоитъ на первомъ планѣ научной, общественной мысли, въ техникѣ—по отношенію машины, напр., есть дѣло часто не изобрѣтателя, не инженера—а монтера.

Суть здѣсь, конечно, не въ качественномъ отличіи, а только количественномъ, но весьма существенномъ.

Можетъ показаться, что, именно, относительно гражданской политики дѣло обстоитъ иначе, ибо въ гражданскихъ правоотношеніяхъ мы имѣемъ дѣло съ явленіями повторными, допускающими сложныя развѣтвленія средствъ, представляющими отвлеченныя цѣли. Но, именно, съ точки зрѣнія пр. Петражицкаго этого сказать нельзя. Ближе къ техникѣ въ

---

[1]) Мы говоримъ только о фактѣ; но еще сильнѣе это отношеніе подчеркивается въ нормативномъ отношеніи, такъ какъ съ этой точки зрѣнія въ общественности—не только вся цѣнность будетъ заключаться въ индивидуальномъ эффектѣ, но появится и великая отвѣтственность, именно, за таковой.



этомъ отношенiи гражданско-правная политика съ точки зрѣнiя преслѣдованiя индивидуальныхъ интересовъ, потому что, именно, индивидуальныя цѣли повторны, многократны и т. д. Такъ, можно думать, и складывался гражданскiй быть (конечно, только *отчасти*); во всякомъ случаѣ этотъ моментъ положилъ свой отпечатокъ на его строенiи, защитѣ и пр. Совершенная система гражданскаго права и его защиты, въ особенности если она создалась подъ бóльшимъ влiянiемъ коллективнаго строительства, нежели централизованнаго руководства,—можетъ быть, значительно приближается къ другимъ техникамъ, и искать ей съ этой точки зрѣнiя частичнаго разъясненiя, можетъ быть, и не вовсе ошибочно. Конечно, только частичнаго, ибо единство общества и его цѣлей всегда отразится (не прямо, такъ косвенно, не сознательно, такъ безсознательно) на этомъ строительствѣ.

Но все это не относится къ политикѣ гражданскаго права пр. Петражицкаго, ибо онъ ставитъ цѣлью какъ разъ не частныя, личныя потребности, а общественныя, разсматриваетъ гражданско-правные институты не въ ихъ частно-хозяйственномъ, а въ ихъ народно-хозяйственномъ значенiи, т. е. не съ точки зрѣнiя повторныхъ индивидуальныхъ точекъ зрѣнiя, а единой-общенародной.

Итакъ, прикладная наука общественности отличается отъ другихъ, прикладныхъ наукъ—рѣзко выдѣляющейся индивидуальностью цѣлей, средствъ, меньшей отвлеченностью постановокъ вопросовъ и ихъ рѣшенiй. Отвлеченныя цѣли, запросы могутъ здѣсь имѣть значенiе не самостоятельное, а только вспомогательное;—а о шаткости методологическаго значенiя вспомогательныхъ отвлеченныхъ постановокъ вопросовъ и объ ихъ—во всякомъ случаѣ—недостаточности рѣчь была уже выше (стр. 21—22).

XIV.

Политика, да и другiя прикладныя науки, считаются деонтологическими дисциплинами и противополагаются теорiи преимущественно потому, что онѣ приводятъ въ конечномъ

результатѣ не къ теоритическимъ положеніямъ, а къ нормативнымъ, не къ теоремамъ, а къ правиламъ. Выше мы уже указывали на то, какъ совершается переходъ къ правиламъ и почему этотъ переходъ не измѣняетъ теоретическаго характера прикладной науки.

Здѣсь мы хотимъ указать на другое. Выше мы указывали на возможное присутствіе въ политикѣ (и вообще прикладныхъ наукахъ) деонтологіи, именно,—деонтологіи цѣлей, прикладной деонтологіи. Такъ, вотъ мы здѣсь хотимъ обратить вниманіе на полное различіе этихъ двухъ деонтологическихъ элементовъ. Деонтологія средствъ, правилъ, къ которымъ приводитъ прикладная наука, ничего общаго не имѣетъ съ деонтологіей цѣлей данной прикладной науки.

Прежде всего—деонтологія цѣлей въ прикладной наукѣ факультативна: она можетъ быть къ ней примѣшана или нѣтъ, и тѣмъ не менѣе прикладная наука будетъ приводить къ правиламъ. Цѣли могутъ быть даны до прикладной науки: цѣли могутъ выясняться въ прикладной деонтологіи, не отдѣленной отъ прикладной науки,—правила отъ этого не измѣнятся. *Цѣли предполагаются прикладной наукой, правила ею создаются.* Деонтологія цѣлей можетъ вовсе не быть затронутой теоріей прикладныхъ наукъ—были-бы цѣли, а какъ они получаются и систематизируются—это для ея содержанія не имѣетъ значенія. Наоборотъ, деонтологія правилъ, или какъ можно сказать—деонтологія средствъ, стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ прикладной наукой, отождествляется съ нею и прикрываетъ ее отъ недостаточно внимательнаго наблюдателя.

Мы видѣли, что спеціальный запросъ прикладной науки (въ политикѣ—политико-правный) приводитъ къ теоретическимъ положеніямъ; видѣли, что поскольку этотъ спеціальный запросъ поставленъ общимъ практическимъ, постолько—для отвѣта на этотъ послѣдній—приходится онтологію средствъ (теоретическія положенія) превратить въ деонтологію средствъ. Прикладная наука приводитъ къ первой, занимается разработкой первой—она теоретична; выводы ея путемъ примѣненія опредѣленнаго метода можно использовать для полученія деонтологіи сред-

ствъ, нужной для практики,—но такое послѣдующее использованіе не можетъ, конечно, измѣнить характера ея содержанія.

Этимъ устраняется вопросъ о деонтологичности прикладной науки, обосновываемой тѣмъ, что она де приводитъ къ деонтологіи средствъ. Но остается другой вопросъ: не вліяетъ-ли искомая для прикладной науки—деонтологія средствъ если не на содержаніе, то на расположеніе матеріала, на систему прикладной теоріи.

Прежде всего укажемъ, что деонтологія средствъ маскируетъ содержаніе прикладной науки; именно и только благодаря ей можно (мнимо) противополагать прикладную науку чистой, политику—теоріи. Въ самомъ дѣлѣ, эта деонтологія средствъ состоитъ изъ правилъ, нормативныхъ положеній, касающихся средствъ; потому прикладная наука (въ частности—политика) противополагается наукѣ, дающей относительно тѣхъ же явленій теоретическія положенія. Деонтологія средствъ (явленій, служащихъ средствами) противуполагается онтологіи этихъ явленій. Вотъ почему говорить, что дисциплина, приводящая къ первой есть теорія—значитъ, быть понятнымъ, что это онтологія тѣхъ же явленій. Но на самомъ дѣлѣ, это, именно, не такъ. Деонтологія данныхъ явленій, какъ средствъ, создается не теоріей тѣхъ же явленій, взятыхъ самихъ по себѣ, а теоріей ихъ, какъ средствъ, т. е. теоріей ихъ отношенія къ другимъ явленіямъ. Политика права создается не теоріей права („что такое право“), а теоріей соотношенія права съ разными иными соціальными явленіями—частью обществовѣдѣнія. Намъ кажется, что, именно, то, что политика состоитъ изъ разсужденій, не относящихся къ теоріи того, деонтологію чего она создаетъ (права),—всего болѣе содѣйствовало признанію ея самостоятельной, деонтологической наукой. А между тѣмъ эти разсужденія—тоже теорія, только другого ея отдѣла.

Итакъ, деонтологія средствъ получается обращеніемъ теоретическихъ положеній, касающихся ихъ, въ практическія. Но разъ получившись—деонтологическія положенія могутъ быть систематизированы по внутреннимъ соотношеніямъ; и если мы затѣмъ расположимъ самое прикладную науку со-

образно этой системѣ, то не получимъ-ли своеобразной системы прикладной науки, между тѣмъ, какъ выше мы утверждали ея безсистемность въ силу приспособленія къ отдѣльнымъ запросамъ? Мы утверждали безсистемность прикладной науки, даже если расположить ея матеріалъ сообразно системѣ запросовъ, т. е. системѣ деонтологіи цѣлей. Останется-ли она безсистемной, если расположить ея матеріалъ сообразно системѣ деонтологіи средствъ?

Замѣтимъ, что систематизація деонтологіи средствъ можетъ быть двоякая—теоретическая и практическая. Вторая соотвѣтствуетъ цѣли прикладной науки, первая—удобству ея изученія. Вторая располагаетъ правила въ порядкѣ пользованія ими (при осуществленіи искомыхъ цѣлей), первая—въ порядкѣ, сообразномъ логическому составу сужденій (по общности и т. д.). Вторая даетъ рядъ правилъ, ведущій къ цѣли, первая—систему правилъ по ихъ логическимъ отношеніямъ; вторая даетъ *цѣлесообразную*, первая—*логическую* систематику. Для *осуществленія* запроса практической науки—необходима вторая (практическая); но она не во всѣхъ отношеніяхъ удобна: 1) правила могутъ располагаться не въ одной только связи (а въ разныхъ) въ видахъ достиженія разныхъ конкретныхъ цѣлей; 2) для лучшаго усвоенія, а также отысканія правилъ ихъ удобнѣе располагать въ систематическомъ порядкѣ. Но систематическое построеніе имѣетъ здѣсь только вспомогательное значеніе, существенно-же—практическое; только оно, дѣйствительно, соотвѣтствуетъ сути дѣла. Въ этомъ—смыслъ того, что всякое изученіе прикладныхъ наукъ завершается въ той или иной формѣ—„практическими занятіями“ (ср. требованія всѣхъ спеціальныхъ заведеній). Суть здѣсь не въ осуществленіи, не въ фактическомъ проявленіи изученнаго; а въ новомъ, добавочномъ изученіи: въ умѣніи перевести правила изъ ихъ систематической связи въ ихъ связь практическую. Выраженіе: „онъ знаетъ теорію, но не практику“ говоритъ не о знаніи чистой теоріи въ противоположность прикладной, а о знакомствѣ съ деонтологіей средствъ (прикладной теоріи) въ ея логической системѣ въ противоположность ея системѣ практической. И значитъ, именно, приближеніе къ осуществленію, къ реаль-

нымъ запросамъ и цѣлямъ и требуетъ особенно настойчиво практической системы въ противоположность логической.

Само собой разумѣется, что изложеніе можетъ быть *расположено* и сообразно логическому соотношенію правилъ. Это имѣетъ указанныя педагогическія и справочныя удобства. Но сомнѣваемся, чтобы это имѣло значеніе по существу— и для *построенія* науки прикладной — вообще, политики— въ частности. Въ техникѣ, гдѣ сами средства, а слѣдовательно и правила могутъ быть отвлеченными, оставаясь реальными запросами—при систематическомъ распорядкѣ мы по крайней мѣрѣ будемъ имѣть дѣло съ систематизаціей реальныхъ средствъ. Въ политикѣ, гдѣ центръ тяжести запросовъ—въ индивидуальномъ и конкретномъ—даже и этого мы имѣть не будемъ. Конечно, всякое правило есть обращенное теоретическое положеніе и всякое теоретическое положеніе можетъ быть обращено въ правило. А слѣдовательно послѣдовательныя теоретическія положенія, необходимыя намъ для полученія конкретнаго, индивидуальнаго правила, мы можемъ попутно обращать въ правила,—и у насъ получится видимость логической системы правилъ. Но дѣло то въ томъ, что конкретное правило будетъ выведено не изъ абстрактнаго правила, и даже не при помощи абстрактнаго правила, а самостоятельно—при помощи между прочимъ и тѣхъ теоретическихъ основаній, которыя легли въ основу абстрактнаго правила; нельзя будетъ ограничиться простою конкретизаціей абстрактнаго правила для полученія конкретнаго, а надо будетъ заново для этого послѣдняго произвести теоретическое изслѣдованіе (ср. Милль, op. cit. §§ 3—4) [1]), какъ по указаннымъ въ предыдущей главѣ основаніямъ (о конкретизаціи и индивидуализаціи цѣлей и средствъ), такъ и по тому основному нашему положенію, что прикладная наука уста-

---

[1]) Противоположное утверждаетъ (относительно политики права) пр. Петражицкій въ D. L. v. E., II, 581, N: „Natürlich wird man bei civilpolitischen Deduktionen meist als Prämissen die schon gewonnenen nationalökonomisch—theoretischen und politischen, namentlich die feststehenden civilpolitischen Sätze als Prämissen benutzen können, ohne dieselben auf psychisch-etische Sätze jedesmal zurückzuführen“.



навливаетъ и оперируетъ не деонтологическими положеніями, а оперируетъ и устанавливаетъ теоретическіе; а эти послѣднія могутъ въ опредѣленномъ случаѣ (когда они связываютъ нѣкоторый X съ искомой цѣлью) быть обращенными въ деонтологическія (устанавливающія, что X и есть средство для нея). Но *всякое деонтологическое положеніе есть всегда только конечный пунктъ изслѣдованія*, а не промежуточный; отъ него къ другому положенію перехода нѣтъ (иначе какъ постановкой его цѣлью, для которой теоретически же мы будемъ подыскивать новыя средства). Итакъ система правилъ, система деонтологіи средствъ, конечно, возможна,—можно сообразно такой системѣ располагать и теоретическія разсужденія, но только это будетъ болѣе или менѣе выгодная система расположенія готоваго матеріала, не вліяющая на методы его обработки.

Между тѣмъ какъ система онтологіи есть средство доказательнаго построенія выводовъ, ихъ обоснованія,—*систематическій порядокъ деонтологіи средствъ не будетъ средствомъ ихъ обоснованія и построенія*; такъ какъ одно средство другимъ не обосновывается, *отъ отвлеченныхъ правилъ къ частнымъ дедукціи не будетъ, а будетъ теоретическое построеніе каждаго правила отдѣльно*; слѣдовательно системы матеріала науки, системы доказательнаго обоснованія не будетъ, а будетъ только систематическій распорядокъ самихъ правилъ, могущій имѣть *значеніе лишь справочнаго или мнемоническаго средства.*

XV.

Намъ осталось указать здѣсь еще на одну особенность прикладныхъ наукъ, неразъясненіе которой можетъ создать неправильное представленіе о нихъ, а въ частности внушить сомнѣніе въ аналогіи политики права—техникѣ и др. Какъ и въ предшествующихъ замѣчаніяхъ насъ этотъ вопросъ интересуетъ лишь поскольку онъ лучше выяснитъ намъ методологическое строеніе и систематическое положеніе политики.

Средства, къ построенію которыхъ приводитъ прикладная наука, могутъ быть и дѣйствіями и фиксированными приспособленіями,—деонтологическими движеніями и состояніями. Могутъ быть созданы постоянные предметы, имѣющіе назначеніемъ служить средствами—машины, лекарства и пр. Такіе предметы суть такіе же предметы внѣшняго (или и психическаго) міра, какъ и всякіе другіе, не произведенные человѣкомъ, а—„природой". Такъ же, какъ и эти другіе—они подлежатъ описанію, теоретическому анализу и т. п. Слѣдовательно можетъ быть создана описательная наука о машинахъ, лекарствахъ и пр., можетъ быть и абстрактное изученіе ихъ, какъ всякихъ другихъ явленій, систематизація и т. п. Всякое такое изученіе будетъ чисто теоретическимъ и рѣшительно ничѣмъ отъ другихъ чисто теоретическихъ дисциплинъ отличаться не будетъ. Если такія дисциплины берутъ за одну скобку съ прикладными, то только потому, что они относятся къ тому же объекту, относятся къ созданіямъ человѣка, имѣющимъ прикладное къ жизни, къ практикѣ значеніе; но прикладное-то здѣсь не изученіе ихъ, а они сами, ихъ построеніе. Описательная же дисциплина (касающаяся машинъ, доменныхъ печей, лекарствъ и т. д.) рѣшительно ничѣмъ не отличается отъ ботаники и зоологіи, абстрактная—отъ біологіи и т. п. Ибо созданъ ли предметъ человѣкомъ или помимо него—отъ этого изученія предмета, какъ таковаго другимъ не становится. (Итакъ, все что было сказано о прикладныхъ наукахъ—къ этимъ дисциплинамъ, фактически, можетъ быть, отъ нихъ не отдѣляемымъ, не относится). Изученіе ихъ, описаніе—остаются такимъ же чистымъ изученіемъ и описаніемъ. Различіе ихъ отъ другихъ явленій въ генезисѣ. „Природные" явленія происходятъ иначе, нежели цѣлесообразно созданныя человѣкомъ; генетическое ихъ изученіе будетъ слѣд. формально различнымъ. Но кромѣ того относительно явленій—средствъ (созданныхъ въ качествѣ таковыхъ, а также и получившихъ значеніе таковыхъ)—остается и еще одинъ моментъ изслѣдованія—изслѣдованія ихъ въ ихъ цѣлесообразности. Причемъ здѣсь можетъ быть двоякое. Мы противопоставляемъ—какъ Grenzfälle—явленіямъ природы, явленія со-





знательно цѣлесообразно создаваемыя человѣкомъ [1]). Такъ, посколько они сознательно цѣлесообразно создаются—ихъ генезисъ опредѣляется сознательной работой мысли, направленной на отысканіе, изобрѣтеніе; въ данномъ случаѣ—на отысканіе явленій, могущихъ быть средствами искомыхъ цѣлей. Оставляя въ сторонѣ вопросъ о сравнительномъ (съ чистой теоріей) значеніи творчества въ этой области, мы можемъ сказать, что предполагаемая здѣсь методическая работа мысли собственно и является прикладной наукой въ томъ смыслѣ, какъ мы выше упоминали это названіе, въ томъ смыслѣ, какъ мы таковой называли политику,—эвристической прикладной наукой. Отсюда и преобладаніе эвристическихъ методовъ, и регрессивный ходъ доказательства. Только *эта* дисциплина—является точнымъ аналогомъ политики, и только въ ней примѣнимо все сказанное выше объ этой (и несистематичность, соотвѣтствіе запросамъ и т. д.). Это эвристическая прикладная наука; она служитъ къ нахожденію средствъ; разумѣется, когда средство уже найдено, то-же разсужденіе, которое служило для нахожденія средства—*a*, остается адэкватнымъ для обоснованія того, что *a* есть средство; и, слѣдовательно, эта въ существѣ своемъ эвристическая, дисциплина, остается годной и вообще для обоснованія данныхъ явленій въ ихъ цѣлесообразности; вотъ почему прикладная наука, обосновывающая, что нѣчто есть средство для искомой цѣли, остается эвристической (не допускаетъ системы и пр.), и когда средство уже найдено, описано и т. д.

Но разъ средство найдено, то его цѣлесообразность *можетъ* быть обоснована и иначе (не эвристически). Въ самомъ дѣлѣ, пусть найденныя средства описаны, систематизированы, изучены въ ихъ функціонированіи и пр., тогда цѣлесообразность ихъ можетъ быть выводима не регрессивно (изъ цѣли), а прогрессивно — изъ теоріи, описа-

---

[1]) Впрочемъ, и здѣсь—больше промежуточныхъ ступеней, чѣмъ это можетъ казаться съ перваго взгляда: съ одной стороны цѣлесообразное природное созиданіе (путемъ подбора), съ другой—нецѣлесообразное человѣческое—предметовъ, косвенно получающихъ значеніе средствъ.



нія этихъ средствъ. Здѣсь обоснованіе цѣлесообразности заключается въ сопоставленіи нужныхъ намъ данныхъ изъ теорій, касающихся средствъ (ихъ строенія, функціонированія, послѣдствій) съ данными намъ, какъ искомыя,—цѣлями.

Читатель помнитъ, что выше мы разсматривали политику права двояко: въ фиктивномъ видѣ (при условіи, что вся теорія готова) и въ дѣйствительномъ (безъ этого условія). Тамъ мы видѣли, что въ первомъ случаѣ—политика является только новымъ расположеніемъ уже имѣющихся данныхъ теоріи въ виду искомаго запроса; во второмъ—прикладной наукой. Но этотъ для политики фиктивный случай (готовности теоріи явленій—средствъ) осуществимъ и осуществленъ въ иныхъ областяхъ—теоріей готовыхъ, уже созданныхъ средствъ [1]); при этомъ—какъ только что было указано—прикладная наука и будетъ уже прогрессивнымъ использованіемъ данныхъ соотвѣтственныхъ теорій. Такимъ образомъ мы имѣемъ во всѣхъ областяхъ тѣ же два случая, которые указали и относительно политики. Такимъ образомъ *политика совпадаетъ съ дисциплиной обосновывающей цѣлесообразность средствъ;* такимъ образомъ прикладной наукой является совокупность разсужденій, служащая отысканію средствъ и обоснованію ихъ цѣлесообразности. Только прикладной наукѣ, такъ понимаемой, аналогична политика права, между тѣмъ какъ въ техникѣ и пр. имѣются еще и теоріи (описательныя, систематизирующія, отвлеченныя) самихъ средствъ.

Но имѣется тамъ и еще нѣчто другое.

Фиксированныя приспособленія (орудія, машины...) служащія средствами, являются, такъ сказать, статической деонтологіей. Деонтологія средствъ можетъ воплощаться въ деонтологическомъ положеніи, правилѣ, или въ деонтологическомъ предметѣ, который въ своей деонтологичности опредѣляется совокуп-

[1]) Эвристически, при отысканіи средствъ, нельзя только опираться на теорію потому, что въ ней не можетъ быть презумптивно разсмотрѣна всякая возможная конкретность; но когда средство уже найдено и теоретически описано, то для обоснованія его „средственности“, цѣлесообразности, можно избѣжать эвристическаго пути, ибо вѣдь нужная намъ конкретная возможность какъ разъ то и дана въ описаніи, въ описательной теоріи средствъ (машинъ, лекарствъ и пр.).



ностью правилъ. Такая деонтологическая совокупность правилъ совершенно также относится къ теоріи предмета (и выводится изъ нея), какъ правило изъ соотвѣтствующаго теоретическаго положенія (о соотношеніи средства и цѣли). Относительно такихъ деонтологическихъ системокъ правилъ—можетъ быть сказано все, выше изложенное примѣнительно къ деонтологіи средствъ вообще (принимая во вниманіе, что такія деонтологическія системки расположены въ практическомъ, а не логическомъ порядкѣ). Онѣ показываютъ, какъ должно функціонировать данное средство, чтобы осуществить заложенную въ немъ цѣлесообразность.

Итакъ, въ технологіи и т. п. соединены разныя отрасли изслѣдованія,—помимо деонтологіи цѣлей данной области—1) теоріи (разнаго порядка) средствъ, 2) обоснованіе ихъ цѣлесообразности, 3) деонтологія средствъ (въ которой выражается ихъ цѣлесообразное дѣйствіе). Отсюда ясно, что крайне поверхностно было бы провести *цѣльную* аналогію между политикой права и технологіей, напр. На самомъ дѣлѣ политика права совпадаетъ только съ второй (изъ упомянутыхъ выше) частью технологіи. Уже поэтому ошибочно было бы переносить съ технологіи или медицины положенія по аналогіи на политику, и напр. утверждать, что и политика (какъ нѣкоторыя части технологіи и пр.) допускаетъ стройную систему и т. п.

Но здѣсь можетъ быть поставленъ вопросъ, что же соотвѣтствуетъ остальнымъ двумъ частямъ въ правовѣдѣніи? Замѣтимъ, что аналогія между политикой и другими прикладными науками заключается въ томъ, что всѣ они разсматриваютъ свой предметъ (въ политикѣ это—право) какъ средство къ поставленнымъ цѣлямъ.

Несомнѣнно, что право есть, дѣйствительно, средство для удовлетворенія человѣческихъ потребностей, личныхъ и общественныхъ. Политика права соотвѣтствуетъ эвристической прикладной наукѣ, обосновывающей его цѣлесообразность. Что же будетъ соотвѣтствовать теоріи средствъ и ихъ деонтологіи.

Очевидно, что теоріи средствъ будетъ соотвѣтствовать теорія права, взятая въ цѣломъ (описательная, сравнитель-

ная, отвлеченная „общая“ теорія); деонтологіи средствъ— догма права. Въ самомъ дѣлѣ, если право, правовыя институты есть средство достиженія общественныхъ цѣлей (какъ совокупность машинъ, инструментовъ и пр.—цѣлей матеріальныхъ), то теорія права—будетъ соотвѣтствовать теоріи машинъ, политика права—мысли, создающей ихъ или обосновывающей ихъ цѣлесообразность, догма права—совокупности правилъ, какъ ими пользоваться (для достиженія искомыхъ цѣлей). Какъ для созданія права (для его политики) потребуется знаніе психологіи, соціологіи,—такъ для созданія машинъ, для технологіи, какъ прикладной науки—необходимы знанія механики, физики, химіи и пр. Вообще—поскольку право есть средство—технологіи соотвѣтствуетъ отнюдь *не политика, а все правовѣдѣніе* въ совокупности, и только къ нему относимы и перенесенныя по аналогіи положенія, а отнюдь *не къ одной политикѣ*.

Разсмотрѣніе права—какъ соціальнаго средства намъ кажется весьма плодотворнымъ и обѣщающимъ многое освѣтить въ его существѣ и происхожденіи. Но чрезмѣрно увлекаться этимъ однимъ моментомъ—хотя бы онъ могъ дать красивую, оригинальную и частично-плодотворную теорію—намъ казалось бы ошибочнымъ. И вотъ почему.

„Технологія“ и ея аналоги имѣютъ своей предпосылкой сознательно цѣлесообразное созданіе соотвѣтствующихъ средствъ. Ни одна область средствъ такъ фактически не возникаетъ, но научной разработкѣ, обработкѣ технологіей—она подлежитъ только съ того момента, когда начинаютъ созидать средства ясно, сознательно въ виду ясно же сознанныхъ цѣлей, притомъ обще- и одинаково признанныхъ всѣми созидающими.

Не то мы имѣемъ въ правѣ. Во-первыхъ, право есть не только средство, но и самоцѣль. Опредѣленныя институты, организаціи общественныхъ отношеній суть не только средства удовлетворенія человѣческихъ потребностей, но, въ силу сложной игры человѣческой психики, становятся сами по себѣ желательными, желанными, обязательными. Они требуются, къ нимъ стремятся безъ всякой мысли объ ихъ цѣлесообразности,—fiat justitia, pereat mundus. Здѣсь развивается (и

можетъ быть, это тоже приспособленіе цѣлесообразности, только болѣе сложное) такая же категорическая (а не условная) система оцѣнокъ, какъ въ эстетикѣ: это справедливо, это красиво—независимо отъ того, подходящее ли это средство.

Но во-вторыхъ, даже поскольку оно средство, право развивается на громадномъ протяженіи времени—по крайней мѣрѣ частью не телеологически, а только причинно, подобно тому какъ и въ природѣ создаются телеологическія приспособленія безъ направляющей телеологической мысли. Изъ сложной борьбы интересовъ, стремленій, изъ соблюденія существующаго и ломки его, изъ приспособленія наличныхъ реальныхъ силъ и соотношеній идейнымъ рамкамъ, и нарушенія ихъ подъ давленіемъ реальныхъ силъ и соотношеній создался причинно такой правовой укладъ, который косвепно создался и дѣйствуетъ телеологически (благодаря подбору и т. п.), но не созданъ такимъ образомъ.

И, наконецъ, въ третьихъ, даже поскольку право создается сознательно телеологически, и здѣсь нѣтъ полной аналогіи съ телеологическимъ созиданіемъ въ другихъ областяхъ. Ибо тамъ нѣтъ спора о цѣляхъ. Тамъ можно интересоваться цѣлью передвиженія или нѣтъ; можно, интересуясь ею, преслѣдовать ее въ разныхъ видахъ—передвиженія на сушѣ, или на водѣ, съ помощью одного мотора или другого. Но по отношенію къ каждому средству—не можетъ быть разнобоя: цѣль паровоза—для всѣхъ одна, всѣми общепризнана.

Не то въ правѣ. Здѣсь даже поскольку оно осуществляется или создается цѣлесообразно—при осуществленіи и созиданіи люди могутъ руководствоваться разными соображеніями и цѣлями (въ особенности это относится къ раннимъ формамъ правообразованія). Дѣло въ томъ, что право есть коллективное созданіе, а цѣли существуютъ, осуществляются—и къ нимъ подыскиваются средства—индивидуально. Осуществляющееся право есть равнодѣйствующая борьбы и сотрудничества разныхъ цѣлеосуществленій, изъ которыхъ одни осуществились вполнѣ, другія—частью, третьи совсѣмъ устранены. Получилось средство, какъ результатъ столкновенія и защиты

разныхъ средствъ,—тѣ то могли быть обоснованы изъ соотвѣтственныхъ цѣлей; это же осуществилось только изъ борьбы и сотрудничества тѣхъ, и своей реальной „цѣли“ можетъ и не имѣть. Правда, при централизаціи законодательной власти, при предоставленіи ея единолично волѣ—дѣло какъ будто мѣняется. Но 1) и эта стадія непостоянна и замѣняется сотрудничествомъ воль, хотя уже организованнымъ, а 2) и она—обыкновенно лишь формальное прикрытіе матеріально все тѣхъ же процессовъ борьбы и сотрудничества разныхъ цѣлеосуществленій. Право, какъ средство, аналогичное техникѣ, могло бы быть только въ Платоновской утопіи неограниченной мудрости,—или какъ научное подспорье реальному процессу общественной жизни. Поэтому-то и не все правовѣдѣніе можетъ стать аналогомъ „техники“, а только можетъ появиться политика, какъ эвристическая прикладная наука; причемъ политика можетъ только научно разрабатывать различныя изъ борющихся цѣлевыхъ концепцій (между тѣмъ какъ въ технологіи и пр. цѣли фактически въ несравненно большей степени являются общепризнаваемыми). Будетъ не единая политика, а столько политикъ, сколько ставится соціальныхъ цѣлей; а цѣли могутъ—и еще долго *должны*—быть весьма различными.

Соотвѣтственно сказанному слѣдуетъ внести поправку и въ пониманіе догмы права, какъ осуществленной деонтологіи средствъ. Если бы право, правовые институты были только средствомъ,—то и догма была бы совокупностью правилъ, въ которыхъ эти средства выражаются, въ которыхъ выражается пользованіе ими для осуществленія цѣлей. Единственнымъ ея критеріемъ была бы—ея цѣлесообразность.

Въ сущности та практически — догматическая школа (Іеринга), на которую теперь такъ ополчаются, такъ повидимому и была склонна понимать догму, считая (съ этой точки зрѣнія—вполнѣ послѣдовательно) необходимымъ толковать и обрабатывать догму сообразно интересамъ, т. е. цѣлямъ, къ тому еще приписывая праву преимущественно судопроизводственныя и др. не „идеальныя“ цѣли.

Разумѣется, такая постановка не только въ нормативномъ отношеніи заслуживаетъ борьбы, но и въ теоретическомъ— не выдерживаетъ критики,—ибо дѣйствующее право не есть только средство, а и самостоятельная цѣнность; и даже поскольку является средствомъ—также требуетъ категоризаціи (а не допускаетъ цѣлесообразнаго истолковыванія въ отдѣльныхъ случаяхъ). Такимъ образомъ и догмѣ его приходится считаться не съ его цѣлесообразностью, а съ его категорической установленностью; съ первой же только въ предѣлахъ второй.

Всѣ эти замѣчанія, направленныя противъ отождествленія правовѣдѣнія съ „технологіей" общественности и противъ признанія права только средствомъ, отнюдь не уничтожаютъ цѣнности разсмотрѣнія существа, происхожденія, развитія и будущаго права между прочимъ и съ этой самой по себѣ весьма плодотворной точки зрѣнія.

Но 1) полнымъ аналогомъ „технологіи" можетъ быть не все правовѣдѣніе—съ философіей права, теоріей, исторіей, догмой,—а только политика права, понимаемая въ выше ограниченномъ тѣсномъ смыслѣ; а 2) и она является аналогомъ не всей технологіи (или медицинѣ и т. д.), а только нѣкоторой ея части именно, эвристическому отысканію нужныхъ для поставленныхъ цѣлей средствъ (служащему и для обоснованія ихъ цѣлесообразности и деонтологичности). Наконецъ, 3) политика права не играетъ по отношенію къ праву той роли, какую играютъ соотвѣтствующія дисциплины въ техникѣ и пр., такъ какъ право не является только средствомъ въ общественной жизни, и цѣлесообразное его разсмотрѣніе не будетъ исчерпывающимъ его, ни въ какомъ отношеніи, даже и въ эвристическомъ.

Глава V.

Объ отношеніи политики права къ задачамъ построенія права должнаго.

XVI.

Выяснивъ, что изъ себя представляетъ политика права, мы неизбѣжно должны поставить вопросъ: если политика есть прикладная къ конкретнымъ запросамъ наука, то неужели же она до сихъ поръ не существовала и вновь создана только въ послѣднее десятилѣтіе.

Самостоятельной такой дисциплины и систематическихъ учебниковъ ея (какъ требуетъ пр. Петражицкій, см. Каз. Ун. Изв., августъ, стр. XXVIII) доселѣ не было, но приложеній науки къ насущнымъ проблемамъ было сколько угодно: это и есть то, что называется *публицистикой*. Публицистика, правда, никогда не составляла corpus'а цѣльной системы; она состоитъ изъ отдѣльныхъ статей, монографіи,— но это такъ и должно быть съ той точки зрѣнія, которую мы выше развивали въ противоположность мнѣнію пр. Петражицкаго. Такъ какъ политика есть научная разработка запроса,—представляетъ изъ себя изслѣдованія, объединяемыя запросомъ, то она только и можетъ состоять изъ отдѣльныхъ „статей".

Конечно, можно самые запросы поставить въ связь—но отъ этого политика не перестанетъ быть совокупностью изслѣдованій запросовъ, поставленныхъ въ систему, а не систематическимъ изслѣдованіемъ. Соотвѣтственно можно объединить въ одинъ томъ разныя статьи по общественнымъ вопросамъ—онѣ отъ этого не станутъ единой системой.

Отъ систематизаціи запросовъ надо отличать расширеніе запроса: онъ можетъ быть шире и уже, касаться меньшей общественной проблемы и большей,—соотвѣтственно и изслѣдованіе публицистическое будетъ съ меньшимъ захватомъ или съ большимъ; публицистическая работа можетъ разбирать вопросъ о запрещеніи вскакивать на ходу на конку, и о рас-

предѣленіи земельнаго фонда между разными группами населенія, она можетъ поставить на очередь „весь“ соціальный вопросъ,—она отъ того не перестанетъ быть публицистикой. При этомъ такое расширеніе запроса не исключаетъ возможности постановки на ряду съ наиболѣе расширеннымъ и такихъ другихъ, которые въ него не включены и слѣд. опятъ таки въ одну систему съ нимъ не уложатся.

Конечно, можно критиковать существующую публицистику, или вѣрнѣе то или иное проявленіе ея—какъ недостаточно научное. Въ частности, быть можетъ, можно обвинять большинство публицистовъ опредѣленной общественной полосы въ томъ, что они недостаточно принимаютъ во вниманіе правовой моментъ, напр. подчеркивая больше экономическій. Съ другой стороны можно обвинять множество публицистовъ въ недостаточно тщательномъ примѣненіи научныхъ методовъ, впрочемъ—не какихъ либо особыхъ, специфически свойственныхъ публицистикѣ, а общенаучныхъ, примѣняемыхъ въ соціологіи, или соотвѣтствующей ея отрасли (экономикѣ, правѣ и пр.). И это обвиненіе — какъ увидимъ ниже—не всегда можно предъявлять даже въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненные методы, дѣйствительно, не научны. Но все это будетъ конкретной критикой данной публицистической статьи, даннаго публициста, пускай—данной эпохи публицистической,—но отнюдь не всей и не всякой публицистики, увидѣвшей свѣтъ божій, и ужъ во всякомъ случаѣ не критикой публицистики по существу. Пусть публицистика, какъ это слѣдуетъ уже изъ этимологіи названія [1]), болѣе касалась вопросовъ публичнаго права, чѣмъ частнаго, а если частнаго, то неравномѣрно всѣхъ его частей, и быть можетъ—больше тѣхъ, которыя имѣютъ государственное значеніе. Пусть пр. Петражицкій тѣмъ, что онъ внесъ новаго въ теорію (напр. мотиваціонной, психологической теоріей), соотвѣтственно расширилъ горизонтъ и средства работы и прикладной теоріи—публицистики.

Но всѣ такія фактическія оговорки, даже если придать

[1]) Впрочемъ, это свойство раздѣляетъ съ нею и названіе—политика.



имъ полное значеніе, не мѣняютъ существа дѣла, что задача политики, научнаго разсмотрѣнія запросовъ общественности (въ частности и законодательства) осуществляется всей той совокупностью статей, монографій и пр., которая носитъ обыкновенно названіе публицистики [1]). Причемъ, разумѣется, осуществленіе этой задачи ограничено предѣлами намѣчаемыми состояніемъ научнаго знанія и научныхъ методовъ даннаго времени, совершенствуясь съ ихъ развитіемъ. Можно, конечно, въ частности назвать публицистику, отвѣчающую на запросы законодательства, права,—политикой права, но дѣло то отъ этого не измѣнится.

Въ публицистикѣ есть два главныхъ теченія, два главныхъ характера. Обыкновенно они совмѣщаются въ каждой статьѣ,—но въ разныхъ пропорціяхъ; то преобладаетъ одинъ, то другой. Иногда это преобладаніе доходитъ до полнаго вытѣсненія другого. Но это сравнительно рѣдкіе случаи. Въ общемъ они одинъ съ другимъ переплетены. Для того, чтобы ясно представить себѣ, какъ одинъ изъ этихъ элементовъ, такъ и другой—сопоставимъ мысленно „докладную записку" съ коротенькой передовицей французскаго публициста, обстоятельную монографію нѣмецкаго профессора съ революціоннымъ возваніемъ Марата.

Характеръ перваго типа этихъ произведеній ясенъ съ перваго взгляда и не требуетъ подробнаго анализа—это типичная прикладная наука, примѣненіе теоріи къ индивидуальному случаю. Характеръ второго типа требуетъ большаго вниманія. Основная черта его заключается въ томъ, что такая публицистика есть обращеніе къ воли и чувству. Здѣсь мы имѣемъ не столько доказательство, сколько призывъ; здѣсь также выковываются нами убѣжденія, но путемъ умѣлой обработки чувствъ и желаній. Это не столько общественная наука, сколько общественная лирика. Событіе, вопросъ освѣщается въ наиболѣе существенномъ такъ, что онъ выдѣляется, навязывается намъ съ тѣмъ эмоціональнымъ тономъ, съ той

---

[1]) Въ сущности это принужденъ признать отчасти и проф. Петражицкій Каз. Ун. Изв., стр. XXXXIV—XXXXV и въ особенности LXXXV.



оцѣнкой, съ которыми онъ связанъ въ душѣ автора; здѣсь, именно, этотъ эмоціональный тонъ, эту оцѣнку и требуется передать читателю, слушателю,—и въ этой передачѣ главное назначеніе публицистики этого рода.

Очевидно, это уже не прикладная наука. Стремленіе вызвать опредѣленное эмоціональное отношеніе къ событіямъ, къ учрежденіямъ, стремленіе создать опредѣленную скалу ихъ оцѣнокъ,—что это такое, какъ не переработка нашихъ идеаловъ, нашихъ цѣненій, нашихъ желаній, нашихъ стремленій,—*нашихъ цѣлей*? Этой публицистикой и перерабатывается наша деонтологія цѣлей, она является литературнымъ средствомъ выработки ея, орудіемъ ея созданія. Словомъ, это и есть литературная разработка цѣлей, деонтологія ихъ. Здѣсь не мѣсто разсматривать, единственная ли это литература деонтологіи, нѣтъ ли и другой формы и другой дисциплины ея. Съ перваго взгляда ясно, что если публицистика (разбираемый видъ ея) содѣйствуетъ выработкѣ цѣлей, то классификація ихъ, систематизація и построеніе производятся иначе [1]). Какъ бы то ни было, въ этой публицистикѣ примѣненіе теоретическихъ методовъ было бы совершенно неумѣстнымъ, ошибочнымъ; вотъ почему непримѣненіе въ данной публицистической статьѣ научнаго метода и даже рѣзкое уклоненіе отъ него—еще далеко не достаточно для предъявленія ея автору обвиненій и порицанія.

Но во всякомъ случаѣ только часть публицистики въ сколько нибудь чистомъ видѣ посвящена этой деонтологіи общественности; какъ и далеко не вся остальная является въ чистой формѣ „докладныхъ записокъ",—прикладной науки.

Въ значительной части публицистики эти два элемента смѣшаны,—идутъ и фактическія доказательства, и статистическія выкладки, и отвлеченныя построенія—съ одной стороны, а съ другой—въ перемежку и въ тѣсной связи съ

---

[1]) Эти вопросы, какъ и вопросы сравнительной оцѣнки разныхъ способовъ обоснованія и построенія идеаловъ и цѣлей удобнѣе разсмотрѣть не въ данной связи, а совмѣстно съ анализомъ ученія объ естественномъ правѣ, съ другой стороны затрагивающаго тотъ же вопросъ.



этимъ—идетъ какъ обоснованіе съ ихъ помощью оцѣнокъ, такъ и изученіе средствъ осуществленія уже имѣющихся или полученныхъ оцѣнокъ и цѣлей. А это сочетаніе—приспособленіе къ конкретнымъ запросамъ и вопросамъ, какъ теоріи, такъ и деонтологіи—и есть, какъ мы выше выяснили, характерная черта фактическаго состоянія прикладной науки общественности (а въ частности—и права). Несомнѣнно, мы это повторяемъ, публицистика не покрывается таковой, такъ какъ въ ней имѣется двоякій элементъ: поскольку она направлена на выработку оцѣнокъ и цѣлей (хотя бы путемъ—между прочимъ—и доказательствъ, выкладокъ и т. п.) она относится къ деонтологіи общественности, она является прикладной деонтологіей общественности; поскольку она направлена на разрѣшеніе запроса, на отысканіе средствъ разрѣшенія проблемы (хотя бы, между прочимъ, и путемъ приспособленія къ нимъ цѣлей и оцѣнокъ)—она есть прикладная теорія общественности, прикладная соціологія, въ частности—прикладная наука права.

Итакъ, „политика права" есть публицистика, посвященная разрѣшенію запросовъ законодательства и права.

Мы уже указывали, что пр. Петражицкій отмѣтилъ (отчасти) въ политикѣ права „скорѣе политикоэкономическую" [1]), нежели правовую дисциплину (см. гл. III, § X, стр. 88). Уже поэтому вполнѣ естественно, что, противопоставляя политику права (а въ сущности только — политику гражданскаго права) другимъ *правовымъ* наукамъ, онъ не могъ не убѣдиться въ ихъ различности [2]); въ томъ, что по отношенію къ Civilrechtswissenschaft-Civilpolitik является новой дисциплиной. Но разъ политика больше политикоэкономическая дисциплина, нежели правовая, то ея и не слѣдовало втискивать въ правовыя и противопоставлять правовымъ. А выйдя

[1]) Lehre v. Einkom., II, 565. Политикоэкономическій моментъ выдѣленъ, а не общесоціальный естественно, такъ какъ пр. Петражицкій въ этой книгѣ имѣетъ въ виду только политику гражданскаго права (Civilpolitik).

[2]) Op. cit., II, 578.



за ихъ предѣлы—не трудно для политики найти подходящее и уже насиженное мѣсто, и на этомъ мѣстѣ—почти все [1]), что пр. Петражицкій приписываетъ будущей политикѣ, какъ ея будущую задачу [2]).

XVII.

Хотя такимъ образомъ оказалось, что политика права не самостоятельная наука и роль ея давно осуществляется публицистикой; этимъ, однако, еще не разрѣшены всѣ вопросы, поднятые ученіемъ пр. Петражицкаго. Фактически въ этомъ ученіи кромѣ аналитично входящаго въ его составъ—привходятъ еще иныя, если и не въ строгомъ смыслѣ ученія, то все же тенденціи, концепціи, которыя намъ еще предстоитъ выдѣлить и подвергнуть анализу тѣмъ болѣе, что значительною долею своего вліянія и значенія ученіе о политикѣ права обязано, именно, этимъ привходящимъ элементамъ.

Намъ кажется, что ученіе о политикѣ было первымъ недифференцированнымъ и нѣсколько смутнымъ построеніемъ, которое, какъ таковое, не годится, но въ которомъ отразилось много, дѣйствительно, существенныхъ и здоровыхъ запросовъ науки. Нѣкоторые изъ этихъ моментовъ уже и выдѣлились въ особыя, цѣнныя области, другимъ еще только предстоитъ выдѣлиться. И только то ошибочно, что ихъ колыбель, первичная туманность—ученіе о политикѣ права, какъ самостоятельной наукѣ—вмѣсто того, чтобы быть отвергнутой за ненадобностью, продолжаетъ свое независимое отъ нихъ существованіе.

Одно изъ главныхъ основаній успѣха и вліянія, которое пріобрѣло ученіе о политикѣ права, заключается въ значеніи, плодотворности конкретныхъ изслѣдованій (политико-

---

[1]) Разумѣется, говоря такъ, мы отнюдь не имѣемъ въ виду, что вся наука завершена, а только что всѣ вопросы затронуты или принципіально поставлены.

[2]) Op. cit., II, 620 ff. Въ сущности сказанное въ текстѣ *почти* признаетъ имплицитно и пр. Петражицкій—Каз. Ун. Изв., авг., XXXXIV—XXXXV.



правныхъ, историческихъ) пр. Петражицкаго. Представляя большую внутреннюю цѣнность, они отбросили отблескъ таковой и на сопровождавшее ихъ (и переплетавшееся съ ними) ученіе о нихъ,—о томъ, что они систематически и методологически изъ себя будто представляютъ. Между тѣмъ какъ, разумѣется, ихъ внутренняя цѣнность вполнѣ совмѣстима съ неправильнымъ истолкованіемъ того, что они изъ себя представляютъ, съ ошибочнымъ пониманіемъ того, чѣмъ они являются.

Другая причина значенія ученія о политикѣ права заключается въ томъ, что оно появилось первоначально въ области права гражданскаго, сравнительно, можетъ быть и меньше разработаннаго публицистикой; но оно тотчасъ было по аналогіи распространено и на всѣ другія области права, и на его общую теорію (общая политика права).

Еще другая причина заключалась въ томъ, что хотя политика принципіально и противополагается онтологіи (ученію о правѣ, какъ оно есть), но *фактически*-то оно было противопоставлено только догмѣ. Въ этомъ отношеніи ученіе о политикѣ (безъ яснаго и раздѣльнаго выясненія этого) проповѣдывало отнюдь не только политику на ряду съ теоріей (вѣрнѣе политическую точку зрѣнія на ряду съ теоретической), но и теорію на ряду съ догмой. Подъ флагомъ политики прошла (безотчетно) проповѣдь расширенія теоретическаго изученія права и другихъ областей, изученіе которыхъ нужно или полезно для лучшаго пониманія права. Проповѣдь политики не различала политической точки зрѣнія отъ политикоправнаго изслѣдованія; они были отождествлены— и потому не различались и были смѣшаны воедино проповѣдь политикоправной точки зрѣнія въ противоположность догматической (первоначально, потомъ подвергшейся расширенію на— теоретическую) и проповѣдь политики права (т. е. вида теоріи) въ противоположность догмѣ. Сама по себѣ—тенденція усиленія теоретическаго изученія права независимо отъ догматическаго—заслуживаетъ только симпатіи. Но 1) она только по недоразумѣнію была отождествлена съ выдѣленіемъ политикоправной (или вѣрнѣе—правнопрактической) точкой



зрѣнія—благодаря невыясненности понятія политики права, и 2) въ правовѣдѣніи не является новинкой, ибо въ разныхъ видахъ уже давно проявлялась. Такъ историческое изученіе права—теоретично; такъ соціологическое изученіе права (или его отдѣльныхъ частей)—теоретично; такъ абстрактное, систематизирующее, философское (въ „общихъ теоріяхъ", „Principienlehre" и пр.) изученіе права—теоретично. Всѣ эти теченія родились не со вчерашняго дня, и смѣшеніе ихъ съ изученіемъ другихъ дисциплинъ (психологіи, соціологіи и пр.) и съ политико-правнымъ (тоже теоретическимъ—по одному изъ отдѣловъ теоріи) изученіемъ и точкой зрѣнія—должно быть признано недоразумѣніемъ, которое, чѣмъ скорѣе, надо разсѣять. Но, именно, въ этомъ отношеніи и была притягательная сила политики права, выставлявшей противъ скромной догматической юриспруденціи—сложный комплексъ, въ которомъ вырисовывались и политикоправная точка зрѣнія, и теоретическая; и философія права, и психологія, и этика, и логика, и идеалы, и природа человѣка, и природа общества и философія исторіи. И все это вырисовывалось не совокупностью вопросовъ, поднятыхъ творческимъ умомъ изслѣдователя изъ разныхъ областей, а въ качествѣ единой науки—политики права, деонтологическаго изученія того, какимъ оно должно быть. Разумѣется, такая смѣсь должна подавить и даже пристыдить и уничтожить скромнаго догматика. А на самомъ дѣлѣ, эта смѣсь была произведена въ единую науку съ намѣченнымъ содержаніемъ едва-ли не по недоразумѣнію. Всякое изученіе сложнаго объекта предполагаетъ многое множество другихъ дисциплинъ, связана многими нитями съ ихъ цѣлой системой. Творческая мысль легко переходитъ съ данной науки на смежныя области, на ея предпосылки, въ особенности когда онѣ еще мало разработаны. Но вбирать въ данную науку всѣ ею предполагаемыя, съ нею-хотя бы и тѣсно—связанныя, конечно, не слѣдуетъ. И ближайшій анализъ долженъ разрушить призрачное единство этой призрачной самостоятельной науки, нанизанной на вполнѣ реальную и дѣйствительно самостоятельную точку зрѣнія.

Исходной точкой выставленія программы политики права



была проповѣдь необходимости серьезной, всесторонней научной разработки вопросовъ законодательства (въ связи съ критикой германскаго проекта гражданскаго уложенія [1]), т. е. вопросовъ о томъ, какимъ должно быть право въ противоположность тому, каково оно есть.

Это изученіе было поставлено въ связь съ воздѣйствіемъ, оказываемымъ правомъ на общество; а такъ какъ разсматривалось ближайшимъ образомъ право гражданское, то въ этомъ воздѣйствіи было обращено преимущественное вниманіе не на общесоціальные, соціологическіе моменты, а на индивидуально психологическіе.

Мало по малу отдѣльные моменты этой единой науки, заключавшей въ себѣ, какъ въ коконѣ, все указанное разнообразіе тенденцій, стали выдѣляться въ особыя теоріи. Индивидуально психологическій моментъ развился въ цѣлую объемлющую все право—психологическую теорію его. Моментъ воздѣйствія права на экономическую, соціальную жизнь развился въ самостоятельную теорію мотиваціоннаго и воспитательнаго воздѣйствія права, до сихъ поръ, впрочемъ, проф. Петражицкимъ въ законченномъ видѣ не опубликованную [2]).

Еще въ политикѣ кое что осталось невыдѣленнымъ (и мы къ этому сейчасъ вернемся), но за вычетомъ указанныхъ моментовъ она значительно порѣдѣла.

Столь подчеркиваемая проф. Петражицкимъ необходимость научнаго изученія законодательныхъ мѣръ, конечно, можетъ встрѣтить только сочувствіе, но оставляетъ открытымъ вопросъ, насколько для этого необходимы, именно, особая наука и особый методъ? Съ другой стороны выше-

---

[1]) Ср. К. ун. Изв., кн. 8., стр. CXXIX: „Что же касается меня, то я былъ наведенъ на мысль о гражданской политикѣ именно путемъ отрицательной критики модной юриспруденціи и новаго германскаго проекта".

[2]) Вполнѣ ясное доказательство невыдѣленности этой теоріи изъ ученія о политикѣ, неяснаго ихъ различенія,—представляетъ Lehre v. Eimkommen, II., s. 604—605; также ib. II, 542, 543, выноска; пожалуй, еще болѣе яркое доказательство—въ К. Ун. Изв., авг., стр. XXXXIII—XXXXIV, гдѣ политика права поглотила почти всякое изученіе права. Также ib. XXV, гдѣ „ученіе о мотивахъ" признается лишь первою часть „правовой психологіи, которая въ свою очередь является лишь частью политики права.



намѣченнымъ выдѣленіемъ уничтожена характернѣйшая черта отличія (въ возрѣніи пр. Петражицкаго) политики отъ теоріи: то, что она изучаетъ право, какъ оно должно быть, въ отличіе отъ изученія права, какъ оно есть; что она представляетъ изъ себя деонтологію права, въ отличіе отъ онтологіи права.

Повидимому, эти двѣ точки зрѣнія прямо противоположны. Но какъ это ни странно, именно, пр. Петражицкій своимъ ученіемъ о политикѣ не только не подтверждаетъ этой противоположности, а снимаетъ ее. Въ самомъ дѣлѣ, право, какъ оно есть само по себѣ, прямо противоположно праву, какъ оно само же по себѣ должно быть; различіе *точекъ зрѣнія* de lege lata и de lege ferenda ярко и нерушимо, и ясное и отчетливое подчеркиваніе этого всюду и вездѣ составляетъ несомнѣнную заслугу пр. Петражицкаго.

Но вотъ пр. Петражицкій указываетъ, что изученіе права, какъ оно есть—вовсе не единственная задача теоріи,—можно еще изучать право, какъ оно воздѣйствуетъ на жизнь,—въ его психосоціальныхъ послѣдствіяхъ. Съ другой стороны, выясняется, что изученіе права, какъ оно должно быть,—только глухая формула, которую надо разъяснить; а при разъясненіи ея приходится говорить объ изученіи права, какъ оно должно быть въ виду достиженія опредѣленныхъ цѣлей, какъ средство искомыхъ послѣдствій. Мы видимъ что ученія о правѣ, какъ оно есть, и какъ оно должно быть значительно сблизились, почти—до совпаденія. Первое (точнѣе одинъ отдѣлъ перваго), теорія—изучаетъ между прочимъ какія у даннаго права послѣдствія; второе, „политика"—какое право ведетъ къ даннымъ послѣдствіямъ. Уже выше мы указали, что это разные пути, разные методы изученія одного и того же,—и притомъ одинаково теоретическіе. Право должное было противоположно праву существующему. Но моментъ долженствованія перенесенъ на цѣль права, и право, какъ средство къ должному, только частный случай права, какъ условія всевозможныхъ (должныхъ и не должныхъ) послѣдствій; и ихъ изученіе также: политика уже не противоположна теоріи, а только частное примѣненіе ея; правда, уже не той теоріи, о которой рѣчь шла раньше, не теоріи права, самаго

по себѣ взятаго, а другой (теоріи права, какъ фактора соціальныхъ явленій), но все же теоріи.

Такимъ образомъ именно мысли заложенныя въ основаніе политики убиваютъ ее въ приписанной ей яко-бы характерной особенности,—какъ самостоятельную науку о правѣ, какъ оно должно быть.

Присмотримся же ближе къ причинѣ этого. Она заключается съ одной стороны, въ созданіи теоріи права, какъ воздѣйствующаго на общество фактора, съ другой—въ пониманіи долженствованія права, какъ его долженствованія въ виду осуществленія извѣстныхъ цѣлей. При такой постановкѣ политика превращается въ (указанную) теорію. А такая постановка предполагаетъ съ одной стороны—наличность теоріи о правѣ, какъ факторѣ; съ другой—наличность опредѣленныхъ цѣлей для права, или дисциплины, посвященной ихъ выясненію и построенію. Первая выдѣлена самимъ пр. Петражицкимъ (мотиваціонная теорія права), вторая стоитъ на очереди: назовемъ ее дисциплиной о соціальныхъ цѣляхъ, или соціальной деонтологіей.

Слѣдовательно политика, уничтожаясь, какъ самостоятельная наука (деонтологія), предполагаетъ созданіе опредѣленнаго, новаго отдѣла теоріи, и ставитъ вопросъ о созданіи новой дисциплины—соціальной деонтологіи, которую отождествлять съ политикой права отнюдь не приходится.

Намъ предстоитъ обратить вниманіе еще на одно послѣдствіе указанной постановки политикой права вопроса о правѣ должномъ, къ которому теперь и обратимся.

XVIII.

Мы уже упоминали, что противопоставленіе теоріи политикѣ основано на противопоставленіи права сущаго праву должному, онтологіи права его деонтологіи. Упоминали же и о томъ, что это противопоставленіе уничтожается самой политикой права: она изучаетъ право, какъ оно должно быть чтобы стать средствомъ для искомыхъ цѣлей; такимъ образомъ, въ силу переноса момента деонтологіи на цѣли, пре-

слѣдуемыя правомъ, по отношенію къ нему остается только теоретическое изученіе его, какъ средства этихъ цѣлей, или условія этихъ искомыхъ послѣдствій. Итакъ, значитъ, моментъ противопоставленія деонтологіи права его онтологіи устраняется переносомъ этой деонтологичности съ права на его цѣли.

Но и это въ свою очередь, возможно только потому, что деонтологія права взята въ ученіе о „политикѣ“ не въ ея полномъ видѣ, а въ урѣзанномъ, не полномъ. Вотъ новый упрекъ, который можетъ быть предъявленъ политикѣ (по ученію пр. Петражицкаго): она какъ будто призвана играть роль деонтологіи права [1]), а между тѣмъ, не только не исчерпываетъ деонтологической проблемы, но даже не ставитъ ея въ полной ясности и опредѣленности.

Дѣло въ томъ, что должное можетъ быть двоякимъ — категорическимъ и гипотетическимъ, должнымъ самимъ по себѣ и должнымъ по отношенію къ чему-нибудь другому; это второе, въ свою очередь можетъ быть въ двухъ отношеніяхъ гипотетическимъ: оно можетъ быть обусловлено должнымъ, какъ его предпосылка (логически), или какъ его причина, условіе (причинно). Соотвѣтственно и изученіе должнаго можетъ быть аутотелеологическимъ (должнаго самаго по себѣ) и гетеротелеологическимъ (должнаго по отношенію къ другому должному), причемъ это послѣднее можетъ быть и причиннымъ, и логическимъ. Одна и таже сфера можетъ подлежать и тому, и другому разсмотрѣнію. Право можетъ быть разсмотрѣно, какъ должное безъ всякаго отношенія, и какъ должная предпосылка должнаго заключенія, и какъ должное средство къ должнымъ цѣлямъ. Мало того, эти должныя цѣли могутъ лежать въ разныхъ плоскостяхъ, и право можетъ быть средствомъ къ разнымъ категоріямъ

---

[1]) Кіевск: Ун. Изв., 1896 г., Авг., стр. XXXXII: „...политика права, какъ наука систематически обнимающая всю область права съ точки зрѣнія того, что должно быть (въ противоположность наукѣ положительнаго, дѣйствительнаго права, какъ науки о томъ, что было и есть въ области права)“... Тамъ же, стр. XXXXIII: „...наука о томъ, что должно быть и какъ можно достигнуть должнаго въ правѣ вообще“,—рѣчь идетъ объ общей части политики права. Стр. LV.



должныхъ цѣлей, оно можетъ быть гетеротелеологично въ разныхъ отношеніяхъ. Всѣ эти долженствованія могутъ вовсе не совпадать одно съ другимъ. Какъ средство къ общественнымъ цѣлямъ можетъ получиться одна норма, какъ средство къ индивидуальнымъ цѣлямъ выгоды—другая, какъ должное категорически—третья и пр. Слѣдовательно, для того, чтобы найти окончательное должное, которое можетъ быть только едино, поскольку требуетъ осуществленія въ единой дѣйствительности, ибо только одно можетъ быть осуществлено, необходимы еще какія-нибудь нормы оцѣнки и соподчиненія разныхъ долженствованій. Такъ стоитъ дѣло при сознательномъ отношеніи къ данной проблемѣ; фактически же происходитъ, конечно, то же, только не раздѣльно—сознательно, а спутанно—эмоціонально.

Категорически—должное право, „справедливое", конечно, сталкивается съ разнообразными интересами, нравственными и общественными запросами, и изъ ихъ взаимнаго воздѣйствія и тренія получается тенденція къ сглаживанію антагонистическихъ долженствованій для приведенія ихъ къ единству; причемъ, разумѣется, это только тенденція, а не осуществленный фактъ, вѣчно нарушаемая и вѣчно стоящая лицомъ къ лицу съ новыми несоотвѣтствіями и противорѣчіями.

Какъ бы то ни было, прежде чѣмъ примирять противорѣчія, приходится различать аутотелеологическую и гетеротелеологическую деонтологію, —право, какъ категорически должное, и право, какъ гипотетически должное, въ частности, какъ средство для должнаго. Послѣднимъ занимается политика. Мы указывали, что и гетеротелеологическимъ право можетъ быть въ разныхъ отношеніяхъ, по отношенію къ разнымъ категоріямъ должнаго. Но это не мѣшаетъ всякое такое изслѣдованіе относить въ одну область—въ которой изслѣдуется право, какъ средство: при ясномъ отдѣленіи изслѣдованія цѣлей отъ изслѣдованія средствъ—сохранится, конечно, и вопросъ изученія, соподчиненія и оцѣнки цѣлей, но „политика" всегда будетъ изучать право, какъ средство, безразлично, къ одной ли цѣли, къ разнымъ-ли, или хотя бы и къ противоположнымъ. Итакъ, политика изучаетъ право,

какъ причинно-гипотетическое, и мы видѣли, что такое изученіе даетъ не деонтологію, а теорію (онтологію). Но остается еще такимъ образомъ особая область: право, какъ категорически должное, и право, какъ условно должное, обусловленное, но не фактически (какъ средство), а логически (какъ предпосылка должнаго); и эта вполнѣ законная область деонтологіи—политикой не затрагивается.

Правда, она косвенно затрагивается другой теоріей пр. Петражицкаго—теоріей интуитивнаго права. Конечно, интуитивное право не совсѣмъ тождественно съ представленіемъ о категорически должномъ правѣ. Это право, не какъ оно позитивно установлено обществомъ, а какъ оно автономно, интуитивно живетъ въ человѣческой душѣ. Но, будучи сопоставлено съ правомъ позитивнымъ—когда оно съ нимъ расходится—оно пріобрѣтаетъ характеръ должнаго въ противоположность сущему, оно становится категорическимъ требованіемъ. Такимъ образомъ, интуитивное право само по себѣ есть совокупность нормъ, сознаваемыхъ индивидомъ въ качествѣ правовыхъ (матеріальныхъ). Здѣсь мы не хотимъ глубже вдаваться въ частности; намъ достаточно, что, по отношенію къ „существованію" права въ смыслѣ его позитивнаго дѣйствованія, интуитивный моментъ имѣетъ характеръ „должнаго"; такимъ образомъ, не подвергая этихъ видовъ дальнѣйшему анализу, сознательно нѣсколько упрощая вопросъ, мы можемъ интуитивное право выставить какъ право, которое признается категорически должнымъ въ противоположность дѣйствующему праву, какъ „сущему".

Если это такъ, то конструкція категорически должнаго права будетъ догмой интуитивнаго права. Но интуитивное право индивидуально, основано на индивидуальномъ правоубѣжденіи. Конечно, данное правоубѣжденіе можетъ быть общо многимъ, но оно отъ этого не перестанетъ быть субъективнымъ, не станетъ общеобязательнымъ. Слѣдовательно, догма интуитивнаго права будетъ конструкціей права категорически должнаго, но субъективно. Можно поставить вопросъ, нѣтъ ли права, категорически должнаго (или гипотетически должнаго, но логически, а не причинно), объективнаго.

Положительный отвѣтъ на этотъ вопросъ стремится дать (впрочемъ, не расчленивъ вопроса такъ, какъ мы это сдѣлали здѣсь) школа новаго естественнаго права. Въ настоящей главѣ мы ограничиваемся расчлененіемъ поднятой политикой права проблемы и постановкой вопросовъ.

Исчерпывающая деонтологія права предполагаетъ изученіе права должнаго во всѣхъ его подраздѣленіяхъ. Слѣд., она предполагаетъ изученіе: 1) права, должнаго категорически, субъективно, 2) права, должнаго категорически, объективно, 3) права, должнаго логически-гипотетически, и 4) права, должнаго причинно гипотетически.

Дисциплина, построяющая первое, есть догма интуитивнаго права. Дисциплина, изучающая второе и третье (они не раздѣльны) [1]), пр. Петражицкимъ не затронута; это и есть собственная деонтологія права; она выставляется, можетъ быть, безъ яснаго сознанія, современной школой естественнаго права. Дисциплина, изучающая четвертое, есть политика права, но 1) она не деонтологія, а теорія, 2) предполагаетъ деонтологію цѣлей права (соціальную) и 3) приводитъ къ деонтологіи права, какъ средства.

Мы здѣсь не будемъ дальше прослѣживать двѣ такимъ образомъ выставляемыя проблемы: категорической *деонтологіи права* и *деонтологіи его цѣлей*, считая удобнѣе это сдѣлать совмѣстно съ критикой естественнаго права.

Но здѣсь намъ важно указать на связь сейчасъ произведеннаго анализа съ анализомъ политикоправнаго запроса, даннымъ выше въ гл. III, § IX. Мы здѣсь указываемъ на то, что политика права изучаетъ право должное—какъ причинно-гипотетическое, между тѣмъ какъ оно можетъ быть должнымъ и другихъ видовъ (логически-гипотетическимъ, субъективно-категорическимъ, объективно-категорическимъ). Другое дѣло, какъ оцѣнивать эти разные виды долженство-

---

[1]) Что объективное построеніе категорически должнаго неизбѣжно должно привести къ должному гипотетическому (логически), кажется намъ несомнѣннымъ, только здѣсь намъ незачѣмъ объ этомъ распространяться.



ванія; можетъ быть, только причинно-гипотетическое имѣетъ реальное значеніе. Какъ бы то ни было, но возможны всѣ виды, и фактически жили въ сознаніи людей и воздѣйствовали на развитіе права—также всѣ, слѣд. всѣ во всякомъ случаѣ подлежатъ изученію. Теоретически отождествлять видъ съ родомъ, брать species pro genere — невозможно безъ искаженія сути дѣла.

Въ гл. III, § IX и гл. IV, § XI мы различили общій, правнопрактическій запросъ (de lege ferenda) отъ политико-правнаго. Въ настоящей главѣ мы и вскрываемъ смыслъ такого различенія. Общій правопрактическій запросъ есть запросъ о правѣ должномъ вообще, о genus должнаго права. Политикоправный—о species должнаго права, о правѣ должномъ причинно-гипотетически. Въ жизни, въ законодательствѣ можетъ быть поставленъ, конечно, прямо и политикоправный запросъ, но можетъ быть поставлена и общая форма запроса, родовая—какое право является должнымъ (въ данномъ случаѣ)?

Общая форма запроса и есть та, которую мы назвали правнопрактическимъ запросомъ; такъ стоитъ онъ, когда рѣчь идетъ о правѣ de lege ferenda. Но чтобы быть *реализованнымъ* онъ долженъ подойти подъ одинъ изъ видовъ, на которые подраздѣляется должное „вообще“; необходимо, значитъ, изъ нѣсколькихъ видовъ выбрать одинъ, отбросивъ остальные, зафиксировать его. (Только такимъ образомъ общій правнопрактическій запросъ можетъ быть дифференцированъ въ политикоправный). Но такой выборъ, такое установленіе не можетъ произойти путемъ теоретическаго, а только нормативнаго сужденія, ибо теоретически всѣ виды одинаково (альтернативно) возможны въ данномъ родѣ. Вотъ почему въ самой постановкѣ политикоправнаго запроса съ цѣлью полученія права de lege ferenda—предрѣшено уже апріорно привходящее нормативное сужденіе, признающее имѣющій быть полученнымъ выводъ за искомое право de lege ferenda, за искомое право должное. Такимъ образомъ теоретическое сужденіе, каковымъ является сужденіе о причинно-гипотетическомъ долженствованіи, превращается въ нормативное.

Съ другой стороны, мы видѣли, что политика права есть

прикладная наука, что эта прикладная наука не одна отвѣчаетъ на запросъ о правѣ de lege ferenda. Для того, чтобы прибѣгнуть къ политикѣ, къ прикладной наукѣ для рѣшенія этого вопроса, надо разсматривать право только какъ средство, какъ орудіе. Это дѣлать можно, даже надо. Но право не только орудіе, даже если бы въ процессѣ историческаго развитія оно (безсознательно) и развивалось, какъ таковое,—фактически, оно сознается какъ самоцѣнность; съ нимъ связывается рядъ категорическихъ оцѣнокъ, чувствъ, стремленій, запросовъ. И съ ихъ точекъ зрѣнія можетъ въ такой же степени быть даваемъ отвѣтъ на вопросъ, каковымъ должно быть право, какъ и съ точки зрѣнія, разсматривающей право только какъ средство. А фактическій отвѣтъ, вѣроятно, всего чаще складывается изъ сочетанія, совокупнаго дѣйствія этихъ разнообразныхъ отвѣтовъ.

Въ этомъ—причина, почему не одна политика создается общимъ запросомъ о правѣ de lege ferenda, и не одна политика на него отвѣчаетъ, хотя, конечно, подлежитъ изслѣдованію, чей отвѣтъ имѣетъ наибольшую цѣнность. Съ другой стороны, въ этомъ же и причина, почему относительно права общій (правнопрактическій) запросъ разъединенъ съ спеціальнымъ политикоправнымъ въ противоположность практическимъ запросамъ въ области біологіи, техники. Дѣло въ томъ, что тамъ соотвѣтствующій объектъ (правила техники, гигіены—машины, лѣкарства и пр. и пр.), вообще все искомое,—имѣетъ смыслъ только какъ средство, вовсе не сохраняя собственной цѣнности и существованія внѣ этого. Поэтому общій запросъ относительно того, каковыми имъ быть, непосредственно тождественъ съ запросомъ, каковыми имъ быть въ качествѣ средствъ, ибо иными они и не существуютъ, а слѣд. общій запросъ здѣсь сливается съ спеціальнымъ (технологическимъ, гигіеническимъ и пр.—соотвѣтственнымъ политикоправному). Вотъ почему тамъ на общій запросъ, слившійся съ спеціальнымъ, отвѣчаетъ только прикладная наука, здѣсь же (въ правѣ)—не она одна.

Впрочемъ, очень рѣзкихъ границъ провести нельзя. И въ другихъ областяхъ средство стремится превратиться въ

самоцѣль, и разсмотрѣніе того, каковымъ оно должно быть, какъ средство,—въ категорическую деонтологію. Таковой въ области „политики“ поведенія, прикладной науки психологіи (куда какъ часть входитъ педагогика)—является *этика*; отчасти таковой же по отношенію къ нѣкоторымъ видамъ техники — является *эстетика*, (хотя, конечно, съ ней дѣло обстоитъ много сложнѣе и независимѣе, чѣмъ это можетъ казаться изъ этихъ строкъ). Подобно тому, какъ напр. интуитивное право можетъ входить въ конфликтъ и обусловливать компромиссное примиреніе съ политикой права, подобно этому— такіе конфликты возможны между этикой и политикой поведенія, между эстетикой и технологіей (въ нѣкоторыхъ областяхъ— напр. въ архитектурѣ). Но если прикладныя науки во всѣхъ этихъ областяхъ въ своихъ существенныхъ чертахъ аналогичны, по крайней мѣрѣ формально, такъ какъ разсматриваютъ свой предметъ, какъ средство осуществленія соотвѣтственныхъ цѣлей, то соотвѣтствующія имъ деонтологическія дисциплины, разсматривающія тотъ же предметъ не какъ средство, а категорически должнымъ—такой общности могутъ и не обнаруживать: разсматривая свой предметъ категорически должнымъ, онѣ не выходятъ за его предѣлы и въ большей степени обусловливаются въ своемъ составѣ свойствомъ самого объекта. Соотвѣтственно-различный смыслъ, значеніе и оцѣнку получаетъ и компромиссъ разнородныхъ выводовъ въ этихъ различныхъ областяхъ.

XIX.

Но этимъ еще не ограничивается содержаніе политики права. Авторъ ученія о ней приписываетъ ей еще и другое значеніе. Онъ думаетъ, что политикѣ суждено внести въ право идеалы и стремленіе къ нимъ, вытѣснивъ низменное, практическое направленіе юриспруденціи, погрязшей въ мелкихъ соображеніяхъ матеріальной выгоды и судопроизводственныхъ удобствъ [1]). И вотъ, на смѣну пошлымъ тече-

[1]) Кіевск. Ун. Изв., Авг. passim. между прочимъ—XVIII, XIX, L, LI.



ніямъ второй половины прошлаго вѣка идетъ политика права, неся свѣточъ идеала, и потому призванная не только обновить юриспруденцію, но и обновленную юриспруденцію поставить во главѣ общественной жизни, на то мѣсто, которое нѣкогда занимало естественное право, учитель народовъ и сосудъ ихъ идеаловъ [1]).

Намъ кажется, что съ этой концепціей, какъ бы она ни была намъ симпатична, трезвая критика не сумѣетъ примириться.

Мы не хотимъ спорить противъ желательности исчезновенія изъ права пошлости, мелочности, низменности и прочихъ грѣховъ, въ которыхъ укоряютъ юристовъ второй половины XIX в. Но можетъ ли исполнить такую очистительную роль политика права? Можетъ ли она внести идеалы? И слѣдуетъ ли терпѣливо дожидаться этихъ ея подвиговъ? Намъ кажется, что нѣтъ. Ибо откуда она сама ихъ возьметъ? Она ихъ не фабрикуетъ, ей то и самой приходится ими позаимствоваться извнѣ. Изучая, какимъ должно быть право съ цѣлью достиженія опредѣленныхъ цѣлей, мы эти цѣли не построяемъ, а получаемъ извнѣ готовыми.

Каковы эти цѣли—стоитъ внѣ вѣдѣнія политики и политика права. Онѣ могутъ быть и идеальными и низменными, преслѣдовать и „любовь", и „интересъ", и общенародную пользу, и судопроизводственное удобство. Политика остается все той же политикой.

Именно злоупотребленіемъ политики и объясняется масса ошибокъ тѣхъ юристовъ, на которыхъ нападаетъ проф. Петражицкій. Вмѣсто того, чтобы изслѣдовать, каково дѣйствующее право, они, незамѣтно для себя, разбирали, каковымъ оно должно быть, подставляя должное право на мѣсто дѣйствующаго, замѣняя догму—политикой. Такъ вотъ дѣло-то въ томъ, что цѣли ихъ политики могли быть низменны, пошлы и

---

[1]) Ср. ib., XXXXII, LXXXIV. Также „Введ. въ изуч. права и нравств.", стр. V, VI, IX. А пока—„пока вопросы гражданской политики не подвергнуты научному, методическому и систематическому изслѣдованію, слѣдуетъ боязливо держаться исторической почвы, слѣдуетъ переписывать, а не составлять гражданское уложеніе" (Кіевск. Ун. Изв. Авг., XCII).



т. д., между тѣмъ какъ проф. Петражицкій вноситъ болѣе возвышенныя; но политика-то отъ этого не перестаетъ оставаться сама собою. Именно, по своему существу она такова, что равно можетъ изучать средства и къ высокому и къ низкому, потому что изучаетъ право только какъ средство. И не столько къ трактатамъ естественнаго права слѣдуетъ возводить „политику права" (хотя и въ нихъ политикоправный элементъ играетъ значительную роль), сколько, напр., къ „Il principe" Маккіавели, быть можетъ, одному изъ весьма немногихъ трактатовъ, всецѣло посвященныхъ политикоправному разсмотрѣнію своего предмета съ опредѣленной, строго постоянной и единой точки зрѣнія.

Конечно, этимъ мы отнюдь не хотимъ сказать, чтобы политикѣ было въ большей степени свойственно преслѣдовать низменныя цѣли, нежели высокія. Но пожалуй—нельзя и не признать, что самый фактъ политикоправнаго разсмотрѣнія вводитъ моментъ цѣлесообразности, разсчета и учета въ противоположность категорическому повелѣнію долга.

Итакъ, идеалы привходятъ въ политику извнѣ. Они должны быть даны *для* нея, *до* нея. Политикѣ они ни въ какой мѣрѣ не свойственны, могутъ же они быть свойственными только политику; не наукѣ, а человѣку. И словомъ, можно вмѣстѣ съ проф. Петражицкимъ желать, чтобы люди, въ томъ числѣ и занимающіеся политикой права, проникались идеалами, но полагаться на политику, какъ таковую, какъ на носителя идеаловъ, было бы неправильно.

Съ другой стороны, приходится разобраться въ вопросѣ, насколько, вообще, справедливъ упрекъ старой юриспруденціи въ отсутствіи у нея идеаловъ. Въ какой мѣрѣ, вообще, теорія права можетъ заниматься идеаломъ? Намъ кажется, что на теорію идеалъ можетъ оказывать воздѣйствіе только въ томъ отношеніи, что можетъ опредѣлять ближайшимъ образомъ объектъ изслѣдованія. Матеріалъ теоріи необозримъ. Къ чему именно обратиться, что изучать? Отчасти цѣнность разныхъ областей опредѣляется самой наукой, соотношеніями уже добытыхъ ею истинъ. Отчасти же можетъ опредѣляться и внѣшними соображеніями: практическими требованіями—



въ естествознаніи; общественными запросами, идеалами— въ общественныхъ наукахъ. Теоретическіе вопросы, предполагаемые преслѣдованіемъ опредѣленнаго идеала, обыкновенно крайне сложны и разносторонни. Приходится изучать и условія его осуществленія, его возможности, его послѣдствія и т. п. При крайней сложности общественныхъ отношеній, каждая общественная цѣль, идеалъ, подымаетъ цѣлую тучу предварительныхъ теоретическихъ вопросовъ; ихъ рѣшенія, конечно, не дожидаются, да и невозможно дождаться (а потому и не слѣдуетъ), чтобы пытаться осуществить идеалъ; но они имъ предполагаются, и ихъ разсмотрѣніе во всякомъ случаѣ содѣйствуетъ какъ его разъясненію, такъ и заблаговременному исправленію возможныхъ ошибокъ на пути его осуществленія. Ставить совершенствованіе жизни въ зависимость *отъ совершенства* общественной науки было бы непростительной ошибкой, но совершенствовать науку *ради* возможнаго совершенства жизни конечно необходимо. Проповѣдывать же идеалъ, внѣдрять въ сознаніе, проводить въ жизнь—высокая задача, можетъ быть, несравненно возвышеннѣе и цѣннѣе теоретическихъ размышленій, но во всякомъ случаѣ, не входящая въ ихъ кругъ, не лежащая въ сферѣ ихъ компетенціи. Съ этой точки зрѣнія проповѣдь идеаловъ для теоретика (какъ для таковаго) сводится къ требованію не заниматься мелочными, пустыми вопросами науки (поскольку они, конечно, не отвѣчаютъ предъявляемымъ самой теоріей запросамъ), а разрабатывать тѣ проблемы, которыя ставятся на очередь глубокими потребностями общественной жизни. Но въ сущности, и этотъ регулятивъ едва ли вполнѣ опредѣленъ, такъ какъ нелегко найти грань между вопросомъ, важнымъ для теоріи, и несущественнымъ—съ одной стороны; а съ другой,—между вопросомъ безполезнымъ и такимъ, рѣшеніе котораго, можетъ быть, совершенно неожиданно окажется въ томъ или иномъ отношеніи весьма плодотворнымъ.

Какъ бы то ни было, слѣдуетъ несомнѣнно признать, что именно политика, какъ приспособленная къ конкретнымъ запросамъ жизни теорія, непосредственно можетъ изучать

вопросы осуществленія общественныхъ идеаловъ и цѣлей, и этимъ (но и только этимъ) подготавливать это осуществленіе. Политика въ лучшемъ (съ точки зрѣнія жажды идеаловъ) случаѣ можетъ не проповѣдывать ихъ, а изучать предполагаемые и сопутствующіе имъ вопросы.

Можно только замѣтить, что и эту задачу (какъ, впрочемъ, одновременно и обратную), она будетъ дѣлать не только подъ названіемъ политики, но и дѣлала подъ именемъ публицистики. И въ этомъ смыслѣ, мы сомнѣваемся, чтобы ученіе пр. Петражицкаго что-либо привнесло новаго; надо, впрочемъ, сдѣлать оговорку, что публицистика покрываетъ собой не только политику, но и захватываетъ собой соціальную деонтологію (смотр. гл. V, § XVI); она не только изучаетъ средства къ искомымъ цѣлямъ, но и пропагандируетъ идеалы, возбуждаетъ къ нимъ сочувствіе, отстаиваетъ ихъ и борется за ихъ осуществленіе; такимъ образомъ она, дѣйствительно, осуществляетъ ту задачу, которую пр. Петражицкій ошибочно приписываетъ политикѣ, и притомъ осуществляетъ именно въ той своей части, которою ее, политику, превышаетъ (въ деонтологіи цѣлей). Несомнѣнно, пр. Петражицкій не станетъ защищать той мысли, что идеалы не пропагандировались, не защищались, не проводились въ жизнь и за то предшествовавшее его ученію о политикѣ время, въ теченіе котораго догматики юристы запимались, можетъ быть, и совершенно безсодержательной работой.

Практицизмъ, пошлость, низменность и пр. отнюдь не стали удѣломъ вселенной, когда въ нихъ погрузилась нѣмецкая школа юристовъ.

Человѣчество въ этотъ періодъ едва ли даже замедлило свое поступательное движеніе и свою борьбу за идеалы. Конечно, вполнѣ правильно приглашать и юристовъ присоединиться къ этому шествію и къ этой борьбѣ, посколько они отъ нея отстали. Но это не будетъ призывомъ къ воскресенію идеала, а только—къ присоединенію къ нему. Не то, чтобы идеалы были окончательными, и нельзя было бы себѣ и представить ихъ видоизмѣненія; но и таковое, если произойдетъ, произойдетъ не на спеціально юридической почвѣ,

а на той общесоціальной, на которой идетъ нынѣ работа соціальной деонтологіи.

XIX.

Можно, конечно (и даже должно), призывать юристовъ къ служенію общественнымъ идеаламъ; можно къ тому же призывать и науку права, въ томъ смыслѣ, какъ это было намѣчено выше (разрѣшеніе тѣхъ задачъ, которыя соціальными запросами ставятся на долю спеціально права), но нельзя думать, что наука права займетъ первое мѣсто во главѣ прогрессивнаго шествія человѣчества, указуя ему путь, освѣщая ему дорогу [1]), какъ нѣкогда это дѣлала наука права естественнаго [2]).

Во-первыхъ, весьма сомнительно, дѣлала ли это въ дѣйствительности наука естественнаго права въ столь исключительной формѣ, какъ это теперь кажется его поклонникамъ. Изъ-за пережившихъ вѣка фоліантовъ, мы слишкомъ склонны упускать изъ виду быстро забываемые листки, памфлеты, брошюры, рѣчи и проповѣди, столь же мало памятные теперь, сколь сильно они возбуждали вниманіе современниковъ въ свое время. Когда мы говоримъ, что тотъ или иной философъ, та или иная доктрина предшествовала и подготовила почву для соотвѣтствующаго измѣненія строя [3]), мы забываемъ ту письменную пропаганду (газеты, памфлеты, листки), а также устную (рѣчи, проповѣди), которыя въ XVIII в. предшествовали и сопровождали французскую рево-

[1]) D. Lehre v. Eink., II, 615: „Dort, in weiter Ferne sieht das Civilrecht das Licht des Ideals und dorthin leitet es die Menschheit“. Каз. Унив. Изв., авг., стр. LI.

[2]) Подъ естественнымъ правомъ мы здѣсь будемъ подразумѣвать науку объ естественномъ правѣ, а не одно изъ содержаній ея—концепцію естественнаго права. Обыкновенно эти двѣ вещи не различаются. Между тѣмъ политику, очевидно, можно сопоставлять только съ наукой естественнаго права, а не съ правовой концепціей (естественнаго права).

[3]) Разумѣется, мы здѣсь отнюдь не предрѣшаемъ вопроса о сравнительномъ значеніи литературно-идейныхъ и соціально-реальныхъ условій общественной перестройки, и имѣемъ въ виду только первыя, какова бы ни была ихъ абсолютная цѣнность.



люцію, въ XVII—англійскую; которыя сопровождали нѣмецкія крестьянскія войны, голландскую борьбу за независимость и т. д. и т. д. Это не умаляетъ большого значенія и науки права въ видѣ солидныхъ естественноправныхъ трактатовъ, сводившихъ въ нѣкоторый систематическій порядокъ, располагавшихъ въ логическую связь, расширявшихъ значеніе во времени и пространствѣ тѣхъ идей и идеаловъ, которые бродили въ обществѣ и получили себѣ идейное выраженіе и независимо отъ нихъ. Значеніе во времени увеличивалось благодаря тому, что ученый трактатъ, изслѣдованіе несравненно долголѣтнѣе летучихъ памфлетовъ; значеніе въ пространствѣ возростало потому, что ученыя произведенія могли оказывать вліяніе на ученый міръ далеко за предѣлами мѣста своего возникновенія. Такимъ образомъ идеи, созданныя на почвѣ опредѣленной политической и соціальной борьбы, отраженныя въ философскомъ трактатѣ или моральномъ разсужденіи,—переносились на новыя мѣста, будили тамъ мысль и могли содѣйствовать въ нужный моментъ имѣвшему и тамъ развиться броженію. Мы вовсе не желаемъ умалить заслугъ естественноправныхъ системъ, и не хотимъ отрицать, что на новыхъ мѣстахъ и они могли послужить однимъ изъ источниковъ переработки соціальнаго міросозерцанія, будучи временнымъ prius'омъ таковой, а на старыхъ—оказывать воздѣйствіе, пропорціональное уму, таланту, логикѣ, образованію автора. Намъ только хотѣлось бы отмѣтить, что 1) они обыкновенно сами то развивались на почвѣ, взрыхленной и разработанной „текущей литературой", доподлинной „публицистикой", а 2) что точно также они и на мѣстахъ переноса таковою сопровождались [1]).

Но этого мало. Не одна публицистика конкурировала съ

---

[1]) Для примѣра укажу на Альтузія, одного изъ раннихъ естественноправниковъ, повліявшаго весьма сильно на послѣдующихъ. Самъ онъ въ значительной степени только систематизировалъ идеи французскихъ публицистовъ и полемистовъ. См. O. Gierke, Johannes Althusies und die Entwicklung der Naturrechtlichen Staatstheorien, 2 Ausg., S. 3—4: „Was aber bisher im Kampf und Flugschriften mit Konkreter Tendenz ausgesprochen worden war, das Kleidete er in das Gewand einer schulgerechten abstrakten Doktrin. Undbreiter und folgerichtiger als irgend einer seiner forgänger fundamentirte er seine Theorie".

наукой естественнаго права въ разсматриваемомъ нами отношеніи. Ошибочно думать, что, именно, естественное право стояло всегда во главѣ передовыхъ движеній человѣчества. Въ опредѣленныя эпохи на ряду съ нимъ (или даже въ замѣну ему) работала литература религіозная (напр. реформація, англійская революція), также выражавшаяся въ системахъ, „научной" разработкѣ и публицистической; а въ другую эпоху—XVIII вѣка—аналогичную роль заняла литература просвѣтительная, разрабатывавшая идею духовной культуры, значенія человѣческой мысли и ея развитія, идей и ихъ распространенія; и опять таки и эта форма общественной деонтологіи проводилась какъ въ спеціальныхъ сочиненіяхъ, такъ и въ массѣ текущей литературы, отражаясь и въ изящной словесности. Въ вѣкъ Руссо и его Общественнаго Договора жилъ и Кондорсе съ его Опытомъ исторической картины успѣховъ человѣческаго духа. А во вторую половину XIX вѣка такую же роль играла литература экономическая.

Словомъ, въ предѣлахъ разработки идей права (въ частности идеи естественнаго права) не одна „наука" оказывала вліяніе на поступательное движеніе человѣческаго общества, а и „текущая литература", публицистика. Но съ другой стороны, не только та или иная форма разработки идей права играла эту роль, но и разработка идей религіозныхъ (религіозной свободы), просвѣтительныхъ (духовной культуры), экономическихъ (организаціи производства и распредѣленія).

Итакъ, едва ли доказано, что именно, естественное право стояло во главѣ прогрессивнаго движенія человѣчества. Но пускай и такъ—положеніе, потерянное наукой права, не можетъ быть ею вновь завоевано.

Дѣло въ томъ, что во время расцвѣта естественнаго права почти не существовала еще наука объ обществѣ и общественныя науки. Въ сущности въ трактатахъ по естественному праву собиралось и сосредоточивалось въ недифференцированномъ видѣ все, что можно было въ то время вообще сказать о государствѣ и обществѣ. Наука о правѣ была собственно недифференцированной наукой объ обществѣ, и то, что теперь распредѣляется между отдѣльными ея составными

частями нераздѣльно объединялось и относилось къ праву и къ его частямъ [1]). Впослѣдствіи стали выростать и другія соціальныя науки (первая—политическая экономія), пока не установилась теперешняя соціологическая совокупность, а вѣрнѣе,—хаосъ, который еще только ждетъ надлежащаго анализа и классификаціи. Спрашивается, почему же дисциплиной, долженствующей разрабатывать общественные идеалы и направлять человѣчество по пути ихъ достиженія, должна быть дисциплина права, а не какая нибудь другая дисциплина объ обществѣ, или, вѣрнѣе, не вся ихъ совокупность.

То обстоятельство, что въ стародавнія времена деонтологія общественная выливалась въ формы правовыя [2]), объясняется, конечно, не однимъ тѣмъ, что наука объ обществѣ была недифференцирована и сосредоточивалась на изученіи права. Можно вѣдь какъ разъ и задать вопросъ, почему, именно, недифференцированная соціальная наука облеклась въ одежду правовѣдѣнія? Мы не беремся здѣсь рѣшать эту интересную проблемму, касающуюся одновременно психосоціологіи, и теоріи и методологіи наукъ. Но едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, что такое направленіе стояло въ связи съ основными запросами, выставленными въ данную эпоху соціальной жизнью. Изъ такихъ проблемъ въ новое время на первый планъ выступили религіозная (англійская революція, континентальныя религіозныя движенія) и государственная, и соотвѣтственно—пререканія, борьба, теоретическая мысль, касающаяся соціальной области, вся ея идеологія сосредоточилась на обсужденіи вѣроисповѣдныхъ и политическихъ задачъ. Въ XVIII вѣкѣ съ особенной рѣзкостью была выставлена проблема политическая; но, пожалуй, еще раньше (въ силу процесса, охватившаго, впрочемъ, только верхніе слои общества) выдвинулась проблемма культурная,

[1]) Даже Монтескье, пожалуй, отецъ современной соціологіи, называетъ свой трудъ: Esprit des Lois.

[2]) Какъ было (и будетъ еще) указано, вѣрнѣе сказать не—что общественная деонтологія выливалась въ правовыя формы, а что она выливалась въ односторонція формы (правовыя ли, религіозныя, просвѣтительныя) быть можетъ, съ преобладающимъ значеніемъ правовыхъ.



въ узкомъ смыслѣ слова—просвѣтительная[1]). Къ концу вѣка она была затерта политической, которая черезъ нѣсколько десятилѣтній должна была уступить мѣсто выступившей на первый планъ экономической;—соотвѣтственно съ этимъ послѣднимъ моментомъ создалась могущественная теоретическая концепція, переводящая всю соціальную деонтологію въ сферу экономической жизни съ пренебреженіемъ остальныхъ областей общественности (соціализмъ).

Сообразно съ такимъ ходомъ въ разное время преобладаетъ въ деонтологіи одинъ изъ моментовъ общественности—религіозный, культурный, политическій, экономическій; и соотвѣтственно — дисциплина, разрабатывающая этотъ моментъ является главнымъ носителемъ, кажущимся сосудомъ идеаловъ, руководительницей человѣчества.

Такое возведеніе въ идеалъ основной потребности эпохи, конечно, представляетъ свои выгодныя стороны, объединяя мысли и запросы людей на наиболѣе для нихъ существенномъ, направляя всѣ силы и помыслы въ одну точку. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ естественно, что, именно, въ настоящее время правовой моментъ выдвигается впередъ, и что соотвѣтственно появилась мысль сдѣлать вновь правовѣдѣніе (въ опредѣленной его части) учителемъ и руководителемъ человѣчества.

Но съ другой стороны этотъ способъ сосредоточенія силъ и помысловъ на существенномъ, путемъ возведенія его въ единоспасающее и единоидеальное только грубый и весьма мало приближенный способъ выясненія общественныхъ потребностей и общественныхъ цѣлей. Полезный эффектъ въ основномъ достигается путемъ опусканія изъ виду—а благодаря этому—и возможному искаженію остальнаго. А это остальное *въ совокупности* можетъ оказаться почти не менѣе важнымъ того одного, основного. Мало того, это „остальное" оставляется „безъ присмотра", искажается и можетъ дать такіе

---

[1]) Соотвѣтственно—просвѣтительная идеологія могла бы снова охватить общество, когда на духовный уровень верхнихъ классовъ въ силу всеобщаго обученія, популяризаціи знанія и пр.—станетъ народная масса.



вредные ростки, искоренять которые потомъ станетъ основной задачей слѣдующей эпохи.

На самомъ дѣлѣ, какое бы громадное значеніе ни имѣло правовѣдѣніе (а мы и не думаемъ отрицать таковое и раздѣляемъ мнѣніе, что оно совершенно несправедливо и неправильно оставалось въ послѣднее время въ загонѣ), оно будетъ только составною частью системы соціальныхъ наукъ. А идеалы соціальные будутъ все яснѣе и опредѣленнѣе охватывать не одну какую-либо соціальную сферу,—съ предпосылкой, что идеалы, касающіеся остальныхъ уже сами собой осуществятся при осуществленіи первыхъ. Люди не будутъ думать, что когда будетъ достигнутъ религіозный идеалъ, или политическій, или культурный (просвѣтительный), или экономическій — все остальное (соотвѣтственно) приложится уже само. Исчезнутъ въ качествѣ всеспасающихъ соотвѣтствующіе односторонніе идеалы и все въ большей степени будутъ замѣняться разностороннимъ, объемлющимъ всѣ стороны личности и общества идеаломъ или системой идеаловъ.

И это будетъ уже потому, что все съ большей ясностью внѣдрится въ сознаніе, что идеалы разныхъ сторонъ общественности находятся въ тѣснѣйшей взаимной связи, что нельзя сосредоточиться на одномъ, ожидая осуществленія остальныхъ, какъ его—послѣдствій, ибо какъ разъ безъ (нѣкотораго, хотя-бы) осуществленія этихъ остальныхъ и его-то нельзя добиться. А съ другой стороны, осуществленіе какого бы то ни было идеала (допуская его на минуту—осуществимымъ [1]) въ лучшемъ случаѣ потребуетъ громаднаго промежутка времени, смѣны громаднаго числа поколѣній. И если даже ожидать, что остальные съ его осуществленіемъ осуществятся и сами, то все же—за что оставлять длинные ряды поколѣній безъ возможнаго удовлетворенія всѣхъ категорій ихъ потреб-

[1]) Мы думаемъ,—что не подлежитъ здѣсь дальнѣйшему развитію,—что соціальный идеалъ не есть требующій или допускающій осуществленіе соціальный строй, нѣкоторый соціальный status,—а только регулятивъ непрерывнаго соціальнаго развитія.



ностей, безъ самостоятельнаго, поступательнаго развитія всѣхъ сторонъ общественной жизни.

Мы не хотимъ этимъ утверждать принципіальную эклектичность такого идеала; мы не утверждаемъ, что онъ будетъ заключать въ себѣ равномѣрно представленія о всѣхъ элементахъ общественности; вѣроятно, среди нихъ будетъ установлена нѣкоторая іерархія и нѣкоторые моменты будутъ выдвинуты, какъ самовладѣющіе, какъ конечные, на первый планъ; однако не уничтожая, не замѣняя собой другихъ, а лишь организуя ихъ, какъ восполняющихъ, или какъ средства своего осуществленія, или какъ условія и гарантіи его полноты. Весьма возможно, что въ данную эпоху въ силу особаго сочетанія условій особую настоятельность получитъ не самодовлѣющій, конечный идеалъ, а, именно, восполняющій или посредствующій. То, что онъ только вспомогательный, не можетъ и не должно помѣшать тому, чтобы онъ былъ выдвинутъ на первый планъ, и чтобы преслѣдованіе его стало основной задачей дня (хотя бы она и не считалась окончательной). Но, именно, ясная перспектива, въ которой должна быть помѣщена эта насущнѣйшая для даннаго момента цѣль, отчетливое сознаніе ея значенія и роли въ совокупномъ общественномъ идеалѣ—устранитъ громадное треніе, неизбѣжно иначе развивающееся, спасетъ отъ роковыхъ недосмотровъ и ошибокъ, позволитъ ввести нужныя поправки, не упустить изъ виду необходимаго и не ввести вреднаго. И эта ясная перспектива, всегда принося только пользу, можетъ иной разъ сберечь громадныя историческія силы, ускорить и облегчить поступательный ходъ человѣческаго развитія.

Въ число конечныхъ самодовлѣющихъ идеаловъ,—никогда не исключительныхъ и не всегда насущнѣйшихъ, можно думать,—должны войти концепціи, касающіяся двухъ основныхъ моментовъ общества: ея атома-личности, и связующихъ атомы формъ,—формъ организаціи, правногосударственнаго момента. Идеалъ личности и идеалъ соединенія личностей въ общество, идеалъ психологическій (культурный) и политическій (организаціонный), вѣроятно, будутъ всегда суще-

ствовать въ цѣльномъ, совокупномъ общественномъ идеалѣ, организуя (какъ необходимыя предпоссылки) идеалы другихъ сторонъ общественности. Но и въ этомъ случаѣ они не только не оттѣснятъ этихъ послѣднихъ, но и при опредѣленныхъ условіяхъ могутъ даже выдвинуть, именно, который нибудь другой (напр. экономическій) на первый планъ — наиболѣе насущнаго.

Соотвѣтственно съ разносторонностью совокупнаго идеала должна быть разносторонней и общественная деонтологія. А слѣд. очевидно, что ни одной спеціальной наукѣ не только не можетъ быть приписана роль созданія и распространенія идеала (это и вообще не роль науки), но даже и сколько нибудь преобладающая роль въ теоретической разработкѣ поставленныхъ имъ вопросовъ.

Вотъ почему мы думаемъ, что въ частности—такой роли никогда больше не сыграетъ и правовѣдѣніе.

Но этимъ мы, разумѣется, ничего не хотимъ сказать противъ большого значенія правовѣдѣнія, изученія, пониманія и построенія права—въ цѣляхъ содѣйствія рѣшенію вопросовъ соціальнаго устроительства, подготовки, выясненія и созданія соціальной деонтологіи.

Здѣсь было бы неумѣстно вдаваться въ обоснованіе этого, такъ какъ это значило бы дать цѣлое построеніе, касающееся значенія права въ совокупности соціальной жизни. Это значило бы дать теорію общества, общественныхъ явленій, и права, какъ ихъ элемента и фактора; это значило бы поднять почти всѣ существенные общіе вопросы соціологіи и теоріи права.

Поэтому мы въ заключеніе настоящей статьи позволимъ себѣ безъ дальнѣйшихъ доказательствъ просто присоединиться къ тѣмъ, кто видитъ глубокій недостатокъ и ошибку общественной науки и жизни—въ пренебреженіи къ праву; которые считаютъ, что изученіе его въ связи съ другими сторонами общественности можетъ весьма обогатить какъ общественную науку, такъ и практику. Насъ бы совершенно не вѣрно поняли, если бы приписали нашей критикѣ — мысль



о ненужности, или хотя бы малоцѣнности, изученія права для построенія общественныхъ идеаловъ.

Напротивъ, именно, потому что идеалъ и средства его осуществленія, по нашему мнѣнію, не должны быть односторонними (напр. *только* правовыми), — они должны охватывать всѣ существенные моменты общественности (а слѣд. *и* правовой) соотвѣтственно ихъ значенію. И мы думаемъ, что въ этомъ отношеніи выставленіе на первый планъ права было бы такъ же ошибочно и недостаточно, какъ и фактическое забвеніе его, затушевываніе его въ современной и предшествующей соціологіи.

Мы убѣждены, что работа надъ правомъ, надъ правовымъ элементомъ общества, чревата благотворными послѣдствіями, и съ радостью замѣчаемъ проявленіе общественнаго вниманія и интереса къ доселѣ остававшемуся внѣ его кругозора правовѣдѣнію. Но намъ казалось совершенно неправильнымъ приписывать ему то значеніе котораго оно имѣть не можетъ, питать такія надежды, которыхъ оно оправдать не съумѣетъ.

Григорій Ландау.

ГОСУДАРСТВЕННЫЯ ПРЕСТУПЛЕНІЯ ОТНОСИТЕЛЬНО ГОСУДАРСТВЕННОЙ ДУМЫ.

Государство не продуктъ случая, не даръ природы, но великое произведеніе людей.

Государство вызвано къ жизни дѣйствительною, настоятельною потребностью въ немъ человѣка.

Это потребность не прирожденная, но пріобрѣтенная.

Сама жизнь выработала ее въ человѣкѣ. Подъ вліяніемъ личныхъ потребностей, а главнымъ образомъ—потребностей безопасности отъ враговъ и обезпеченія отъ голода, подъ вліяніемъ совмѣстнаго существованія людей, при дѣйствіи многочисленныхъ и разнообразныхъ условій жизни, постепенно, въ теченіе многихъ вѣковъ сложилась у людей новая потребность, потребность объединенія въ независимые, прочные и сильные союзы для обезпеченія себѣ возможности удовлетворенія другихъ насущныхъ потребностей.

Удовлетворяя эту потребность на дѣлѣ, люди и образовали государственные союзы или государства.

Жизнь выработала въ людяхъ потребность объединенія въ государство, жизнь и поддерживаетъ эту потребность, постоянно, энергично, на дѣлѣ, самимъ опытомъ внушая людямъ, что безъ государственнаго союза крайне трудно, а часто и не возможно обезпечить удовлетвореніе многихъ другихъ настоятельныхъ потребностей.

Оттого и потребность объединенія людей въ государство такъ прочна, что, разъ появившись въ человѣческой средѣ,

твердо сохраняется многія тысячелѣтія. Почувствовавъ эту потребность и создавъ подъ ея вліяніемъ государство, народъ уже не разстается съ государственнымъ строемъ, хотя съ теченіемъ времени, подъ давленіемъ нѣкоторыхъ глубокихъ измѣненій въ потребностяхъ и условіяхъ своей жизни, измѣняетъ формы своего государственнаго устройства.

Каждое культурное государство представляетъ собой не что иное, какъ соединеніе культурнаго народа, въ предѣлахъ опредѣленной территоріи, въ одно самостоятельное, независимое цѣлое подъ одной верховной властью.

Задача верховной власти въ культурномъ государствѣ состоитъ въ томъ, чтобы руководить жизнью народа ко благу народа, въ духѣ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія.

Кто облеченъ верховной властью въ данномъ государствѣ, это указано дѣйствующимъ государственнымъ правомъ этого государства, опредѣляющимъ основное правовое государственное устройство этой державы.

Въ однихъ государствахъ это органъ простой, въ другихъ—сложный.

Въ неограниченныхъ монархіяхъ верховная власть сосредоточивается въ рукахъ одного человѣка. Ею обладаетъ государь, самодержавный въ обыденномъ, общепринятомъ смыслѣ этого слова, т. е. государь, не ограниченный въ осуществленіи ея ни народнымъ представительствомъ, ни какимъ бы то ни было другимъ государственнымъ учрежденіемъ или государемъ.

Неограниченный государь, по собственному усмотрѣнію, издаетъ законы, назначаетъ судей и высшихъ чиновъ прокуратуры и судебнаго управленія, а также высшихъ чиновъ каждаго административнаго вѣдомства, утверждаетъ проектъ годовой смѣты доходовъ и расходовъ государства и оцѣниваетъ правильность ея исполненія, руководитъ внутреннимъ управленіемъ государства и является высшимъ представителемъ государства въ его отношеніяхъ къ другимъ государствамъ, а въ частности объявляетъ войну, заключаетъ миръ и другіе международные договоры.

Въ монархіяхъ же, конституціонныхъ или представительныхъ верховной властью обладаетъ сложный органъ.

Въ однихъ изъ нихъ онъ выступаетъ въ лицѣ государя и одной коллегіи или палаты представителей народа, а въ другихъ—въ лицѣ государя и двухъ палатъ.

Является ли, однако, носителемъ верховной власти государь съ одной палатой представителей народа или съ двумя, во всякомъ случаѣ осуществленіе правомочій верховной власти въ этихъ государствахъ производится, по общему правилу, за различными исключеніями, не иначе, какъ посредствомъ законной дѣятельности одной или обѣихъ коллегій народнаго представительства, по принадлежности, съ одной стороны, и посредствомъ законной дѣятельности государя, съ другой. Напр., проектъ закона становится закономъ въ представительной монархіи лишь въ томъ случаѣ, когда не только получитъ законное одобреніе одной коллегіи народныхъ представителей, при однопалатной системѣ, или обѣихъ коллегій, при двупалатной, но и удостоится законнаго утвержденія со стороны государя.

Распредѣленіе правомочій верховной власти въ конституціонной монархіи между государемъ и палатами народныхъ представителей, въ свою очередь, опредѣляется основнымъ правовымъ государственнымъ устройствомъ этой державы.

Хотя это распредѣленіе и не является вполнѣ одинаковымъ во всѣхъ культурныхъ конституціонныхъ монархіяхъ; тѣмъ не менѣе въ большинствѣ этихъ государствъ народному представительству принадлежитъ три весьма важныхъ группы правъ и обязанностей.

Въ первой группѣ сосредоточивается право и вмѣстѣ съ тѣмъ обязанность обсуждать и одобрять или не одобрять проекты законовъ, съ правомъ рѣшающаго голоса въ случаѣ неодобренія.

Во второй группѣ стоитъ право и обязанность производить надзоръ за законностью и цѣлесообразностью управленія государствомъ и, въ случаѣ нарушенія конституціи, т. е. основныхъ законовъ, опредѣляющихъ государственное устройство и образъ правленія, кѣмъ нибудь изъ министровъ, привлекать виновныхъ къ уголовной отвѣтственности.

Въ третьей группѣ находится право и обязанность обсуждать и одобрять или не одобрять проекты годовой смѣты доходовъ и расходовъ государства, съ правомъ рѣшающаго голоса въ случаѣ неодобренія, а также право провѣрять правильность исполненія утвержденной смѣты или бюджета.

Такимъ образомъ, въ большинствѣ культурныхъ представительныхъ монархій правомочія верховной власти по законодательной, правительственной и финансовой части принадлежатъ не только государю, но и народному представительству.

Осуществленіе какихъ либо правомочій верховной власти однимъ государемъ, безъ участія коллегій народнаго представительства, или, рѣже, одними коллегіями, безъ участія государя, допускается основнымъ правовымъ государственнымъ устройствомъ культурныхъ представительныхъ монархій только въ качествѣ исключеній, хотя и довольно обширныхъ въ отношеніи къ государю.

Что же касается до историческаго опыта жизни культурныхъ народовъ, то онъ безспорно указываетъ, что широкое участіе коллегіи народныхъ представителей въ осуществленіи функцій, правъ и обязанностей верховной власти и при томъ участіе коллегіи, не только правильно составленной по ея личному составу въ отношеніи къ народонаселенію государства, но и правильно поставленной въ ряду государственныхъ учрежденій, несомнѣнно является для каждой конституціонной культурной монархіи необходимымъ условіемъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія.

При такихъ обстоятельствахъ, становится ясно, что цѣлость основного правового государственнаго устройства въ его частяхъ, опредѣляющихъ права и обязанности верховной власти, принадлежащія палатѣ представителей народа, и неприкосновенность этой палаты въ дѣлѣ осуществленія этихъ правъ и обязанностей составляютъ блага, весьма важныя не только для лицъ, входящихъ въ составъ этой коллегіи, но и для всего народа, и для всего государства. Кромѣ того, обнаруживается, что посягательство на цѣлость основного правового государственнаго устройства въ этомъ отношеніи точ-

но также, какъ и посягательство на неприкосновенность палаты представителей народа является вмѣстѣ съ тѣмъ и посягательствомъ на безопасность государства.

Но культурная конституціонная монархія точно также, какъ и всякое другое государство культурнаго народа почерпаетъ свою силу и прочность въ соотвѣтствіи своего устройства, назначенія и дѣятельности потребностямъ и условіямъ жизни своихъ гражданъ, въ своей дѣйствительной способности къ обезпеченію всесторонняго, возможно большаго благосостоянія своему народу, при современныхъ потребностяхъ и условіяхъ жизни этого народа. А чѣмъ дальше идетъ время, тѣмъ больше выясняется на дѣлѣ, что для каждаго культурнаго государства точно также, какъ и для каждаго его истиннаго гражданина благосостояніе всего народа, какъ одного цѣлаго, воплощающагося въ государствѣ, должно быть гораздо дороже благосостоянія отдѣльныхъ лицъ, благосостоянія отдѣльныхъ классовъ или сословій и благостоянія другихъ государствъ или народовъ.

При такомъ положеніи вещей, становится очевидно, что, съ точки зрѣнія дѣйствительныхъ потребностей жизни каждаго прогрессирующаго культурнаго народа и государства, поддержаніе и, по возможности, наибольшее увеличеніе всесторонняго народнаго благосостоянія должно быть единственнымъ высшимъ руководящимъ принципомъ для всей общественной дѣятельности культурнаго государства, какъ внутренней—законодательной, правительственной и судебной, такъ и внѣшней—международной [1]). Будетъ ли государство про-

[1]) Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что проведеніе этого руководящаго принципа въ каждой изъ особыхъ областей общественной дѣятельности государства необходимо должно имѣть свои особенности, обусловливаемыя особенностями соотвѣтствующей области. Напр., проведеніе этого руководящаго принципа въ области уголовнаго правосудія должно производиться посредствомъ проведенія тѣхъ принциповъ, которые своимъ осуществленіемъ способствуютъ осуществленію этого руководящаго принципа въ дѣйствительности, и при томъ должно производиться посредствомъ проведенія ихъ настолько, насколько они своимъ осуществленіемъ дѣйствительно способствуютъ осуществленію этого принципа. Такую роль играютъ, напр., въ области уголовнаго правосудія: принципъ основательности уголовнаго правосудія, принципъ правомѣрности, принципъ быстроты,



грессирующаго культурнаго народа конституціонной монархіей или демократической республикой, оно одинаково должно дорожить больше всего благосостояніемъ своего народа, какъ единаго цѣлаго. Пренебрегая этимъ первѣйшимъ своимъ долгомъ, государство само расшатываетъ довѣріе, уваженіе и преданность своихъ гражданъ, своими собственными руками разрушаетъ свою силу и прочность, само подрываетъ свою жизнь и славу.

Эти общія положенія имѣютъ рѣшающее значеніе для культурной конституціонной монархіи и въ отношеніи къ интересующимъ насъ посягательствамъ.

Дорожа благосостояніемъ своего народа, культурная представительная монархія не можетъ отказать въ своемъ вниманіи посягательствамъ на такія важныя блага, какъ цѣлость основного правового государственнаго устройства, опредѣляющаго верховныя права и обязанности палаты представителей народа, неприкосновенность этой палаты въ дѣлѣ осуществленія этихъ правъ и обязанностей и безопасность государства.

Въ виду этого, опредѣляя въ своемъ дѣйствующемъ уголовномъ правѣ, какія посягательства на какія блага составляютъ уголовныя правонарушенія, культурная конституціонная монархія неминуемо должна удѣлить свое вниманіе только что упомянутымъ посягательствамъ, затрогивающимъ палату представителей народа.

А такъ какъ между этими посягательствами относительно палаты представителей народа дѣйствительно есть такія дѣянія, которыя обязаны своимъ происхожденіемъ во внѣшнемъ мірѣ внутреннему личному состоянію преступности человѣка [1]);

принципъ огражденія личности отъ излишнихъ стѣсненій при отправленіи уголовнаго правосудія, принципъ бережливости въ расходованіи народныхъ средствъ на отправленіе уголовнаго правосудія и т. д.

[1]) P. Poustoroslew—Détermination de la nature des contraventions. Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal. Berlin. 1899. VIII—ème vol. Livr. 1 p. 77—89.—P. Poustoroslew—Criminalité et imputabilité. Ученыя Записки Императорскаго Юрьевскаго Университета. Юрьевъ. 1900. № 1 p. 5—66.—П. П. Пусторослевъ—Программа лекцій по общей части русскаго уголовнаго



то культурной конституціонной монархіи, въ интересахъ народнаго благосостоянія, необходимо приходится выдѣлить посягательства, отличающіяся этой особенностью, и ввести ихъ въ разрядъ уголовныхъ правонарушеній, предусмотрѣнныхъ дѣйствующимъ уголовнымъ правомъ.

Помѣщая же въ разрядъ уголовныхъ правонарушеній эти посягательства относительно палаты представителей народа, культурная конституціонная монархія логически должна отнести всѣ эти преступныя дѣянія въ группу государственныхъ уголовныхъ правонарушеній. Основаніе состоитъ въ томъ, что эти дѣянія наносятъ вредъ или, по крайней мѣрѣ, могутъ наносить вредъ основному правовому государственному устройству, опредѣляющему права и обязанности верховной власти, принадлежащія одному изъ верховныхъ государственныхъ учрежденій, входящихъ въ составъ сложнаго органа верховной власти въ культурной конституціонной монархіи, или, по крайней мѣрѣ, осуществленію верховной власти со стороны этого учрежденія, а сверхъ того этимъ путемъ посягаютъ и на безопасность государства.

Если обратимся къ уголовнымъ уложеніямъ иностранныхъ конституціонныхъ монархій нашего времени, то тотчасъ увидимъ, что во всѣхъ этихъ уложеніяхъ предусмотрѣны преступныя посягательства на цѣлость основного правового государственнаго устройства [1]), а оно опредѣляетъ и распредѣляетъ права

права съ краткимъ изложеніемъ нѣкоторыхъ понятій и объясненій. Выпускъ I. Ученыя записки Импер. Юрьевск. Университета. 1904. № 4 с. 33; 1905. № 3 с. 357—359.

[1]) См. напр.: а) австрійское уголовное уложеніе, das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, §§ 58—59, 60—61 [Manz'sche... Taschenausgabe der österreichischen Gesetze. IV-er Band. Wien. 1902]; б) бельгійское, code pénal, §§ 104—105, 109—110 [напечатано послѣ 1899 г.]; в) германское, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, §§ 81, 82—86 [Guttentagsche Sammlung. Nr. 2. Deutscher Reichsgesetze. Berlin. 1903]; г) венгерское, das ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen, §§ 127, 129, 131—132, 134—137 [Budapest. 1878]; д) голландское, code pénal des Pays-Bas, §§ 93—94, 96 [Code pénal des Pays-Bas (3 Mars 1881) traduit et annoté par W. J. Wintgens. Paris. 1883]; е) итальянское, codice penale, §§ 118, 120, 131—135 [Codice penale per il Regno d'Italia. Milano. 1903], и ж) норвежское, Allgemeines bürgerliches Strafgesetz, §§ 83, 98, 104 [Allgemeines bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22 Mai 1902.

и обязанности верховной власти между государемъ и палатами представителей народа.

Далѣе, видно, что во всѣхъ этихъ уложеніяхъ предусмотрѣны не только преступныя дѣянія противъ неприкосновенности государя [1]), но и преступныя дѣянія противъ неприкосновенности палатъ народнаго представительства, облеченныхъ, вмѣстѣ съ государемъ, верховной властью [2]).

Далѣе, нельзя не замѣтить, что преступныя дѣянія противъ неприкосновенности государя ясно и несомнѣнно признаются въ этихъ уложеніяхъ государственными уголовными правонарушеніями (выше с. 82 прим. 1). Относительно же преступныхъ дѣяній противъ неприкосновенности палатъ народнаго представительства существуетъ разногласіе.

Одни изъ уголовныхъ уложеній и при томъ большею частью болѣе стараго происхожденія, какъ напр., австрійское (1852 г.), германское (1871 г.), венгерское (1878 г.) и голландское (1881 г.), не указываютъ этихъ преступныхъ дѣяній, при изложеніи государственныхъ уголовныхъ правонарушеній (выше с. 82 прим. 2).

Напротивъ, другія уголовныя уложенія и при томъ большею частью болѣе новаго происхожденія, какъ напр., бельгійское (1867 г.), итальянское (1889 г.) и норвежское (1902 г.),

---

Übersetzt von Dr. E. H. Rosenfeld' und A. Urbue. Berlin. 1904. Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. XII. B. Heft 1. Berlin. 1905].—O. Q. Van Swinderen—Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'Etranger. Groningue. 1894. Tome III. Chap. V. Des infractions contre l'état et l'autorité publique. p. 315, 319, 321—322, 323—324, 325, 328, 334, 339—341, 346, 366.

[1]) См., напр: а) австрійское уголовное уложеніе, §§ 58—59, 60—61, 63, 65 а; б) бельгійское, §§ 101, 105, 106, 109—112; в) германское, §§ 80, 82—86, 94—95; г) венгерское, §§ 126, 128, 130, 132—137, 139—140; д) голландское, §§ 92, 96, 109, 111, 113; е) итальянское, §§ 117, 118, 122, 125, 131—135, 137, и ж) норвежское, §§ 99—101, 104.—Van Swinderen—Esquisse. T. III. Chap. V. p. 315, 318—319, 321—322, 323—324, 325—326, 330, 334—335, 340—341, 346—347, 349—350, 353—354, 356, 358, 359, 361, 363—364, 366—367.

[2]) См., напр.: а) австрійское уголовное уложеніе, §§ 76—77, 80; б) бельгійское, §§ 104—105, 109—110; в) германское, §§ 105—106; г) венгерское, §§ 152, 154—156, 158, 163; д) голландское, §§ 121—122; е) итальянское, §§ 118, 120, 123, 126, 131—135, 137, и ж) норвежское, §§ 99, 104.—Van Swinderen—Esquisse. T. III. Ch. V. p. 347, 350, 353, 354, 356—357, 360, 361—362, 363—364, 364—365, 365—366.



съ полнѣйшей правильностью, прямо и несомнѣнно относятъ преступныя дѣянія противъ неприкосновенности коллегій народнаго представительства къ числу государственныхъ уголовныхъ правонарушеній (выше с. 82 прим. 2).

Наконецъ, вглядываясь въ уголовныя уложенія культурныхъ конституціонныхъ монархій, мы тотчасъ замѣчаемъ, что постановленія о преступныхъ дѣяніяхъ противъ неприкосновенности государя (выше с. 82 прим. 1) разработаны въ этихъ уложеніяхъ обыкновенно гораздо полнѣе и тщательнѣе, чѣмъ постановленія о неприкосновенности палатъ народнаго представительства (выше с. 82 прим. 2).

Это неправильное отношеніе къ дѣлу объясняется различными обстоятельствами.

Такъ, въ культурныхъ конституціонныхъ монархіяхъ распредѣленіе правомочій верховной власти между государемъ и палатами представителей народа является обыкновенно результатомъ уступки государя народу въ борьбѣ за обладаніе верховной властью. Такія уступки дѣлаются обыкновенно только подъ вліяніемъ необходимости. Поэтому, и распредѣленіе правомочій верховной власти между государемъ и палатами представителей народа никогда не достигаетъ сразу тѣхъ предѣловъ, въ которыхъ оно должно стоять, если произвести разграниченіе подъ руководствомъ дѣйствительныхъ интересовъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія. А этотъ ходъ событій замедляетъ выработку правильнаго взгляда на то важное положеніе, которое должны занимать палаты народныхъ представителей въ государственномъ строѣ культурной конституціонной монархіи, и невыгодно отражается на развитіи законодательныхъ постановленій объ огражденіи неприкосновенности этихъ коллегій въ дѣлѣ осуществленія правомочій верховной власти отъ преступныхъ посягательствъ.

Далѣе, въ культурныхъ конституціонныхъ монархіяхъ обыкновенно долго сохраняется традиціонное преувеличенное представленіе о государѣ, сложившееся и укоренившееся во времена самодержавія или, точнѣе, во времена неограниченности власти государя. Хотя это представленіе и не соотвѣт-

ствуетъ уже дѣйствительному юридическому положенію конституціоннаго государя, но тѣмъ не менѣе вызываетъ нѣкоторое ослѣпленіе и въ свою очередь мѣшаетъ понять, какое важное юридическое положеніе должны занимать палаты представителей народа въ государственномъ строѣ культурной конституціонной монархіи и какъ важна прочная охрана этихъ коллегій отъ преступныхъ посягательствъ.

Кромѣ того, недостаточное развитіе законодательныхъ постановленій объ огражденіи неприкосновенности палатъ народнаго представительства отъ преступныхъ посягательствъ въ конституціонныхъ монархіяхъ объясняется до нѣкоторой степени и недостаточностью разработки ученія о государственныхъ преступленіяхъ въ наукѣ.

Нечего и говорить, что недостаточное развитіе законодательныхъ постановленій въ этомъ отношеніи не имѣетъ никакого оправданія, съ точки зрѣнія дѣйствительныхъ интересовъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія.

Въ самомъ дѣлѣ, для обезпеченія правильнаго осуществленія верховной власти въ интересахъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, необходимо правильное огражденіе неприкосновенности ея органа отъ преступныхъ посягательствъ.

Въ конституціонной монархіи органъ верховной власти всегда является сложнымъ. Здѣсь облеченъ верховной властью не одинъ государь, но, при однопалатной системѣ,—государь и одна коллегія или палата представителей народа, а, при двупалатной,—государь и двѣ коллегіи.

При такомъ положеніи вещей, очевидно, что въ культурной конституціонной монархіи въ обезпеченіе правильнаго осуществленія верховной власти, въ интересахъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, необходимо правильное огражденіе отъ преступныхъ посягательствъ не только неприкосновенности государя, но и неприкосновенности палатъ или коллегій народнаго представительства.

Запасшись предварительными свѣдѣніями о государственныхъ уголовныхъ правонарушеніяхъ относительно палаты



представителей народа, перейдемъ къ нашей Государственной Думѣ и посмотримъ, составляетъ ли она верховное государственное учрежденіе, облеченное, вмѣстѣ съ Государемъ, правомочіями верховной власти, или же является лишь учрежденіемъ, подчиненнымъ верховной власти.

Въ ноябрѣ 1904 года вспыхнули ясные проблески борьбы русскаго народа противъ самодержавія, беззастѣнчиваго бюрократизма, гнетущаго произвола административныхъ властей и безпощаднаго гоненія свободы личности, совѣсти, слова, собраній и союзовъ [1]).

Въ началѣ 1905 года борьба пошла сильнѣе и еще рѣзче.

Въ видахъ успокоенія народныхъ волненій и безпорядковъ, самодержавный Государь Россійской Имперіи, Императоръ Николай II, Высочайшимъ рескриптомъ 18 февраля 1905 года объявилъ свое намѣреніе учредить коллегію выборныхъ представителей русскаго народа для участія въ предварительной разработкѣ и обсужденіи проектовъ закона, при непремѣнномъ сохраненіи неограниченной власти Государя.

„Я вознамѣрился отнынѣ, объявилъ Императоръ въ этомъ рескриптѣ [1]), съ Божіей помощью, привлекать достойнѣйшихъ, довѣріемъ народа облеченныхъ, избранныхъ отъ населенія людей къ участію въ предварительной разработкѣ и обсужденіи законодательныхъ предположеній". „И нынѣ, предпринимая сіе преобразованіе... Я, вмѣстѣ съ тѣмъ, предвижу всю сложность и трудность проведенія сего преобразованія въ жизнь, при непремѣнномъ сохраненіи незыблемости основныхъ законовъ Имперіи". А такъ какъ эти основные законы и провозглашаютъ неограниченность власти Государя въ русскомъ государствѣ [2]); то Высочайшимъ рескриптомъ 18 фе-

---

[1]) П. П. Пусторослевъ—Наканунѣ освобожденія. Россія въ 1904 и 1905 годахъ. С.-Петербургъ. 1906. с. 5—10.

[1]) Правительственный Вѣстникъ. 19 февраля 1905 г. № 40. Высочайшій рескриптъ, данный на имя Министра Внутреннихъ Дѣлъ.—Пустолрослевъ—Наканунѣ освобожденія. с. 10—11.

[2]) Сводъ Законовъ Россійской Имперіи. Т. I. Ч. I. Изданіе 1892 г. Сводъ Основныхъ Государственныхъ Законовъ. Раздѣлъ I. О священныхъ правахъ и



враля 1905 года было обѣщано учрежденіе лишь законосовѣщательной коллегіи избранниковъ народа, при непреклонномъ сохраненіи неограниченной власти Государя.

О надѣленіи этихъ избранниковъ правомъ или обязанностью какого-нибудь участія въ осуществленіи верховной власти не было и помину, а потому, и въ случаѣ исполненія царскаго намѣренія на дѣлѣ, обладателемъ верховной власти въ Россійской Имперіи оставался бы попрежнему только одинъ самодержавный Императоръ.

Послѣ вредныхъ промедленій, беспримѣрной потери флота въ цусимскомъ бою, безотраднаго теченія сухопутной войны, среди трудныхъ переговоровъ съ Японіей о заключеніи сноснаго мира, среди постояннаго роста внутреннихъ неурядицъ, 6 августа 1905 года были, наконецъ, изданы давно нетерпѣливо жданные законы объ избранникахъ народа. Это были: „Высочайшій Манифестъ объ Учрежденіи Государственной Думы“, „Учрежденіе Государственной Думы“ и „Положеніе о выборахъ въ Государственную Думу“ [1]).

Государственная Дума, по законамъ 6 августа 1905 года, является не палатой выборныхъ представителей всего русскаго народа, облеченной, вмѣстѣ съ Государемъ, полномочіями верховной власти, но выборной коллегіей представителей имущественно обезпеченнаго населенія, а также крестьянства, надѣленной совѣщательнымъ голосомъ и постановленной подъ строгій надзоръ чиновничьяго Государственнаго Совѣта, какъ высшаго учрежденія, служащаго посредникомъ между нею и Государемъ [2]).

Такъ, Государственная Дума составляетъ не законодательное учрежденіе, а только законосовѣщательное [3]).

преимуществахъ Верховной Самодержавной власти. ст. 1—2, 37—38, 47, 50—51, 53—55, 71. Раздѣлъ II. Учрежденіе объ Императорской Фамиліи. ст. 178.

[1]) Собраніе узаконеній и распоряженій Правительства. 1905 г. Отдѣлъ I. № 141. ст. 1325. Это изданіе будетъ обозначаться далѣе словами: „Собр. уз.“— Пустторослевъ—Наканунѣ освобожденія. с. 12—16.

[2]) Учрежденіе Государственной Думы 1905 года. ст. 1, 48—53, 55—57, 61.— Пустрослевъ—Наканунѣ освобожденія. с. 13, 33.

[3]) Манифестъ 1905 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1905 г. ст. 1, 33а, 34, 48—49, 54—57.



„Государственной Думѣ предоставляется возбуждать предположенія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ и изданіи новыхъ законъ [1])“, т. е. право законодательной инціативы, но только по вопросамъ, не касающимся „началъ государственнаго устройства, установленныхъ Законами Основными [2])“. А въ этихъ основныхъ законахъ находятся постановленія „о священныхъ правахъ и преимуществахъ Верховной Самодержавной Власти“ и положеніи „Императорской Фамиліи [3])“.

Далѣе, Государственной Думѣ предоставлено нѣкоторое весьма ограниченное право надзора за законностью управленія государствомъ со стороны почти всѣхъ министровъ и главноуправляющихъ отдѣльными частями и ихъ подчиненныхъ, не обезпеченное, однако, ни относительно своей осуществимости, ни относительно своей способности къ достиженію практическихъ послѣдствій [4]).

Наконецъ, относительно проекта годовой смѣты или росписи государственныхъ доходовъ и расходовъ также, какъ относительно проектируемыхъ денежныхъ ассигнованій изъ казны, не предусмотрѣнныхъ этой росписью, точно также, какъ и относительно проектируемыхъ финансовыхъ смѣтъ по отдѣльнымъ министерствамъ и главнымъ управленіямъ Государственной Думѣ предоставлены законами 6 августа 1905 года лишь права совѣщательнаго учрежденія, безъ всякаго рѣшающаго голоса [5]).

При такомъ вѣдомствѣ и власти, Государственная Дума, созданная законами 6 августа 1905 года, вовсе не составляла верховнаго государственнаго учрежденія, облеченнаго, вмѣстѣ съ Государемъ, правомочіями верховной власти, вовсе

---

1) Учрежденіе Гос. Думы 1905 г. ст. 34, а также ст. 54—57.

2) Учрежденіе Гос. Думы 1905 г. ст. 34. Манифестъ 1905 г.

3) Сводъ Законовъ. Т. I. Ч. I. Изданіе 1892 г. ст. 1—81, 82—179.

4) Учрежденіе Гос. Думы 1905 г. ст. 33, 58—61.—Сводъ законовъ. Т. I. Ч. II. Изданіе 1892 г. Учрежденіе Правительствующаго Сената. ст. 1. Учрежденіе Министерствъ. Разд. XII. Учрежденіе Министерства Императорскаго Двора. ст. 876, 878—880.—Пусторослевъ—Наканунѣ освобожденія. с. 13—14.

5) Манифестъ 1905 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1905 г. ст. 33 б.



не была сообладательницей верховной власти, но представляла лишь одно изъ высшихъ государственныхъ учрежденій, подчиненныхъ верховной власти. Единственнымъ же обладателемъ верховной власти въ Россійской Имперіи и по законамъ 6 августа 1905 года оставался попрежнему только Государь Императоръ.

Учрежденіе такой Государственной Думы вызвало глубокое разочарованіе въ большинствѣ сторонниковъ проведенія коренныхъ реформъ въ области нашего государственнаго устройства и управленія.

Нѣтъ сомнѣнія, что Государственная Дума и при этомъ строѣ, вѣдомствѣ и власти представляла довольно важное государственное учрежденіе, облеченное довольно важными задачами, правами и обязанностями, и настоятельно нуждалась въ прочномъ огражденіи ея неприкосновенности въ дѣлѣ осуществленія ихъ отъ посягательствъ, обязанныхъ своимъ происхожденіемъ личному состоянію преступности человѣка.

Нѣтъ сомнѣнія, что эти посягательства должны были быть предусмотрѣны законодателемъ въ качествѣ уголовныхъ правонарушеній и должны были быть обложены наказаніями. Таково, напр., умышленное разогнаніе общаго собранія Государственной Думы человѣкомъ, находящимся въ состояніи вмѣняемости, учиненное съ цѣлью воспрепятствованія обсужденію законопроекта объ обезпеченіи дѣйствительной неприкосновенности личности въ Россіи.

Но Государственная Дума, по законамъ 6 августа 1905 года, не входила въ составъ органа верховной власти, не была сообладательницей верховной власти, не осуществляла этой власти, а составляла лишь учрежденіе, подчиненное верховной власти.

Поэтому и преступныя посягательства на неприкосновенность Государственной Думы въ дѣлѣ осуществленія задачъ, правъ и обязанностей, предоставленныхъ законами 6 августа 1905 года, были только преступленіями и проступками противъ такъ называемаго порядка управленія или, точнѣе, противъ неприкосновенности законнаго осуществленія государственной службы государственнымъ органомъ.

подчиненнымъ верховной власти. Эти посягательства на неприкосновенность Государственной Думы вовсе не были посягательствами на неприкосновенность осуществленія верховной власти и безопасность государства, не имѣли ни малѣйшаго сходства ни съ какими другими государственными преступными посягательствами, а потому, очевидно, не могли быть государственными уголовными правонарушеніями, не могли имѣть такого же важнаго значенія, какъ преступныя посягательства на неприкосновенность палаты представителей народа въ дѣлѣ осуществленія верховной власти и не могли требовать такого же строгаго и рѣшительнаго отпора.

Послѣ этихъ объясненій становится ясно, что преступныя посягательства на неприкосновенность Государственной Думы будутъ государственными преступленіями и проступками только тогда, когда она не останется при задачахъ, правахъ и обязанностяхъ, установленныхъ законами 6 августа 1905 года, но будетъ преобразована изъ учрежденія, подчиненнаго верховной власти, въ учрежденіе, обладающее верховной властью.

Первый шагъ по пути къ этому преобразованію сдѣланъ законодателемъ 17 октября 1905 года. Это сдѣлано, для успокоенія расходившихся народныхъ волненій, въ предупрежденіе дальнѣйшихъ шаговъ глубокаго внутренняго разстройства въ русскомъ государствѣ, въ огражденіе цѣлости русскаго государства.

„Смуты и волненія въ столицахъ и во многихъ мѣстностяхъ Имперіи Нашей, объявилъ Императоръ Николай II въ манифестѣ 17 октября 1905 года [1]), великою и тяжкою скорбью преисполняютъ сердце Наше... Отъ волненій, нынѣ возникшихъ, можетъ явиться глубокое нестроеніе народное и угроза цѣлости и единству державы Нашей“...

„На обязанность Правительства возлагаемъ Мы выполненіе непреклонной Нашей воли:

---

[1]) Собр. уз. 1905 г. Отд. I. № 190. ст. 1658. Высочайшій манифестъ объ усовершенствованіи Государственнаго порядка.—Пусторослевъ—Наканунѣ освобожденія. с. 15—21.



1. Даровать населенію незыблемыя основы гражданской свободы на началахъ дѣйствительной неприкосновенности личности, свободы совѣсти, слова, собраній и союзовъ.

2. Не останавливая предназначенныхъ выборовъ въ Государственную Думу, привлечь теперь же къ участію въ Думѣ, въ мѣрѣ возможности, соотвѣтствующей краткости остающагося до созыва Думы срока, тѣ классы населенія, которые нынѣ совсѣмъ лишены избирательныхъ правъ, предоставивъ, засимъ, дальнѣйшее развитіе начала общаго избирательнаго права вновь установленному законодательному порядку, и

3. Установить, какъ незыблемое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Государственной Думы и чтобы выборнымъ отъ народа обезпечена была возможность дѣйствительнаго участія въ надзорѣ за закономѣрностью дѣйствій поставленныхъ отъ Насъ властей".

Такимъ образомъ, манифестомъ 17 октября 1905 года Государь Императоръ торжественно обѣщалъ русскому народу: установить незыблемыя основы гражданской свободы, расширить для населенія выборы въ Государственную Думу, съ предоставленіемъ дальнѣйшаго развитія началъ „общаго избирательнаго права" новому „законодательному порядку", обратить Государственную Думу въ законодательное учрежденіе и обезпечить за ней „возможность дѣйствительнаго участія въ надзорѣ за закономѣрностью дѣйствій" правительственныхъ властей. Принятіе же необходимыхъ мѣръ въ ближайшемъ будущемъ для приведенія этихъ обѣщаній въ исполненіе Государь возложилъ на обязанность правительства.

Вскорѣ вслѣдъ за тѣмъ, Высочайшимъ указомъ 19 октября 1905 года, въ видахъ объединенія дѣятельности министерствъ и главныхъ управленій, произведено преобразованіе совѣта министровъ и во главѣ этого учрежденія поставленъ предсѣдатель, назначаемый Высочайшею властью [1]).

Это преобразованіе облегчало правительству исполненіе

---

[1]) Собр. узак. 1905. Отд. I. № 192. ст. 1660. Именной Высочайшій указъ о мѣрахъ къ укрѣпленію единства въ дѣятельности министерствъ и главныхъ управленій.



только что указанной обязанности, но правительство увлеклось реакціоннымъ направленіемъ до крайнихъ предѣловъ, до открытаго покровительства безнаказанности разстрѣла взятыхъ, сдавшихся и даже только подозрѣваемыхъ бунтовщиковъ офицерами, солдатами и казаками, безъ суда [1]), и не заботилось объ исполненіи этой обязанности ни въ возможно скоромъ времени, ни въ надлежащей полнотѣ.

Только 11 декабря 1905 года вышелъ Высочайшій указъ, которымъ сильно расширенъ кругъ мужского населенія Россійской Имперіи, надѣляемаго правомъ участія въ выборахъ въ Государственную Думу [2]).

20 же февраля 1906 года Государь Императоръ Николай II издалъ: „Высочайшій Манифестъ о измѣненіи учрежденія Государственнаго Совѣта и о пересмотрѣ учрежденія Государственной Думы" [3]), „Учрежденіе Государственной Думы" [4]) и „Именной Высочайшій Указъ о переустройствѣ учрежденія Государственнаго Совѣта" [5]).

Самодержавный Императоръ отказался въ этихъ законахъ отъ своего прежняго единоличнаго неограниченнаго обладанія всѣми правомочіями верховной власти въ русскомъ государствѣ и предоставилъ обладаніе нѣкоторыми изъ нихъ, вмѣстѣ съ Собою, Государственной Думѣ и Государственному Совѣту.

Съ обнародованіемъ этихъ законовъ 21 февраля 1906 года Россійская Имперія обратилась изъ неограниченной монархіи

---

[1]) Биржевыя Вѣдомости. 2-е изданіе. 1906 г. № 6—„Злобы дня въ совѣтѣ министровъ"; № 35—„Совѣтъ министровъ о жестокихъ репрессіяхъ"; № 51—„Почему ушелъ В. И. Тимирязевъ"?

[2]) Собр. узак. 1905. Отд. I. № 239. ст. 1973. Именной Высочайшій указъ объ измѣненіи положенія о выборахъ въ Государственную Думу и изданныхъ въ дополненіе къ нему узаконеній.—Пусторослевъ—Наканунѣ освобожденія. стр. 30—33.

[3]) Собр. уз. 21 февраля 1906 г. Отд. I. № 38. ст. 196.

[4]) Собр. уз. 1906. Отд. I. № 38. ст. 197.—20 февраля 1906 г. изданъ также Именной Высочайшій Указъ о временномъ законномъ составѣ Государственной Думы и о возложеніи на Предсѣдателя Государственнаго Совѣта составленія проекта временныхъ правилъ о допущеніи въ засѣданія Государственной Думы постороннихъ лицъ и объ охраненіи въ помѣщеніяхъ Думы должнаго порядка. Собр. уз. 1906. Отд. I. № 38. ст. 199.

[5]) Собр. уз. 1906. Отд. I. № 38. ст. 198.



въ конституціонную или представительную; самодержавіе въ обыденномъ, общепринятомъ смыслѣ этого слова прекратилось и если русскій Императоръ продолжаетъ называться самодержцемъ [1]), то уже не въ обыденномъ, а только въ мало извѣстномъ значеніи этого слова, указывающемъ лишь на то, что русскій Государь есть государь независимаго государства.

Во избѣжаніе печальныхъ недоразумѣній лучше было бы отказаться отъ двусмысленнаго выраженія тѣмъ болѣе, что употребленіе его въ обыденномъ общепринятомъ смыслѣ стало логически и юридически невозможно. Къ сожалѣнію, наши новые „Основные Государственные Законы", Высочайше утвержденные 23 апрѣля 1906 года [2]), всего за четыре дня до открытія Государственной Думы, а затѣмъ и „Учрежденіе Государственнаго Совѣта", Высочайше утвержденное 24 апрѣля 1906 года [3]), сохраняютъ это двусмысленное выраженіе.

Что касается нашей Государственной Думы, то, по дѣйствующимъ теперь законамъ [4]), она составляетъ верховное государственное учрежденіе, облеченное, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, нѣкоторыми правомочіями верховной власти въ русскомъ государствѣ.

---

[1]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. Приложеніе къ статьѣ 19: Торжественное обѣщаніе Членовъ Государственной Думы. Сравните ст. 1.

[2]) Собр. уз. 24 апрѣля 1906 г. Отд. I. № 98. ст. 603. Основные Государственные Законы. ст. 24. Сравните ст. 4 и 6, а также именной Высочайшій указъ 23 апр. 1906 г. „объ утвержденіи Основныхъ Государственныхъ Законовъ".

[3]) Собр. уз. 25 апрѣля 1906 г. Отд. I. № 100. ст. 611. Именной Высочайшій указъ 24 апрѣля 1906 г. „объ утвержденіи Учрежденія Государственнаго Совѣта". Учрежденіе Государственнаго Совѣта. Приложеніе къ ст. 4: Форма присяги Членовъ Государственнаго Совѣта. Сравните ст. 1.

[4]) Положеніе о выборахъ въ Гос. Думу 1905 г.—Указъ 11 дек. 1905 г. объ измѣненіи пол. о выб.—Манифестъ 20 февр. 1906 г.—Учрежденіе Государственной Думы 20 февр. 1906 г.—Указъ 20 февр. 1906 г. о врем. закон. составѣ Гос. Думы.—Именной Высочайшій указъ 8 марта 1906 г. объ утвержденіи правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ, а равно о производствѣ изъ казны расходовъ, росписью не предусмотрѣнныхъ. Высочайше утвержденныя правила о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ и т. д. (Собр. уз. 10 марта 1906 г. Отд. I. № 51. ст. 335).— Основные Государственные Законы 23 апр. 1906 г. — Учрежденіе Гос. Совѣта 24 апр. 1906 г.

Наша Государственная Дума является выборной коллегіей и состоитъ главнымъ образомъ изъ представителей мужского, имущественно обезпеченнаго населенія Россійской Имперіи, а отчасти изъ представителей крестьянства [1]), но можетъ имѣть въ своемъ кругу и представителей отъ нѣкоторыхъ категорій рабочаго класса [2]).

„Государственная Дума образуется изъ Членовъ, избираемыхъ населеніемъ Россійской Имперіи на пять лѣтъ на основаніяхъ указанныхъ въ положеніи о выборахъ въ Думу" (Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 2).

„Государственная Дума можетъ быть, до истеченія пятилѣтняго срока полномочій ея Членовъ, распущена указомъ Императорскаго Величества. Тѣмъ же указомъ назначаются новые выборы въ Думу и время ея созыва" (Учрежденіе Г. Д. ст. 3).

„Продолжительность ежегодныхъ занятій Государственной Думы и сроки ихъ перерыва въ теченіе года опредѣляются указами Императорскаго Величества" (Учрежденіе Г. Д. ст. 4).

„Государственная Дума можетъ, для предварительной разработки подлежащихъ ея разсмотрѣнію дѣлъ, образовывать изъ своей среды, отдѣлы и коммисіи" (Учрежденіе Г. Д. ст. 5).

„Число отдѣловъ и коммисій, ихъ составъ, а также предметы ихъ вѣдомства, устанавливаются Государственною Думою" (Учрежденіе Г. Д. ст. 6).

„Для законнаго состава засѣданій Государственной Думы требуется присутствіе не менѣе одной трети всего числа даннаго состава членовъ Думы" (Учрежденіе Г. Д. ст. 7), а временно, въ видѣ исключенія, „не менѣе ста пятидесяти ея членовъ" [3]).

Для соображенія общихъ вопросовъ, возникающихъ относительно дѣятельности Государственной Думы, „подъ предсѣдательствомъ ея Предсѣдателя, состоитъ совѣщаніе, въ

[1]) Положеніе о выб. въ Г. Думу 1905 г.—Указъ 11 дек. 1905 г. объ измѣненіи пол. о выб.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 59.

[2]) Указъ 11 дек. 1905 г. объ изм. пол. о выб.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 59.

[3]) Указъ 1906 г. о времен. закон. составѣ Г. Думы. I.



составъ коего входятъ Товарищи Предсѣдателя Думы, а равно Секретарь Думы и одинъ изъ его Товарищей, постановленіемъ Думы къ тому назначенный" (Учрежденіе Г. Д. ст. 12).

Государственная Дума, по законамъ 1906 года представляетъ законодательное учрежденіе [1]), но съ чрезвычайно важнымъ ограниченіемъ.

Это ограниченіе установлено, вопреки манифесту 17 октября 1905 года, манифестомъ 20 февраля 1906 года и затѣмъ буквально повторено 45-й статьей „Основныхъ Государственныхъ законовъ" 23 апрѣля 1906 года, съ единственной замѣной личнаго царскаго слова: „Намъ" равнозначащими словами: „Государю Императору".

„Во время прекращенія занятій Государственной Думы, постановляетъ эта 45-я статья, если чрезвычайныя обстоятельства вызовутъ необходимость въ такой мѣрѣ, которая требуетъ обсужденія въ порядкѣ законодательномъ, Совѣтъ Министровъ представляетъ о ней Государю Императору непосредственно. Мѣра эта не можетъ, однако, вносить измѣненій ни въ Основные Государственные законы, ни въ учрежденія Государственнаго Совѣта или Государственной Думы, ни въ постановленія о выборахъ въ Совѣтъ или Думу. Дѣйствіе такой мѣры прекращается, если подлежащимъ Министромъ или Главноуправляющимъ отдѣльною частью не будетъ внесенъ въ Государственную Думу въ теченіе первыхъ двухъ мѣсяцевъ послѣ возобновленія занятій Думы соотвѣтствующій принятой мѣрѣ законопроектъ или его не примутъ Государственная Дума или Государственный Совѣтъ".

Не трудно понять, что искусное послѣдовательное примѣненіе этого коварнаго ограниченія легко можетъ свести законодательную дѣятельность Государственной Думы къ нулю, на сколько угодно времени.

Государственной Думѣ, по законамъ 20 февраля и 23 апрѣля 1906 года, принадлежитъ и право законодатель-

---

[1]) Манифестъ 20 февр. 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 1; 31 а; 32; 34; 47; 55; 57.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 7; 44; 65; 67.



ной инициативы [1]), но съ важнымъ ограниченіемъ, сильно расширеннымъ основными государственными законами 23 апрѣля 1906 года. „Государственная Дума, говорится въ 32-й статьѣ учрежденія ея, по изданію 1906 года, можетъ возбуждать предположенія объ отмѣнѣ или измѣненіи дѣйствующихъ и изданіи новыхъ законовъ (ст. 55—57), за исключеніемъ Основныхъ Государственныхъ Законовъ". „Починъ пересмотра" этихъ законовъ, согласно постановленію манифеста 20 февраля 1906 года, сохраняется только за самимъ Государемъ.

Подъ „Основными Государственными Законами" какъ въ манифестѣ, такъ и въ учрежденіи Государственной Думы, по изданію 1906 года, разумѣлись только „Основные Государственные Законы", находящіеся въ 1-й части 1-го тома Свода Законовъ Россійской Имперіи, по изданію 1892 года, содержащіе въ себѣ постановленія „О священныхъ правахъ и преимуществахъ Верховной Самодержавной Власти" и „Учрежденіе о Императорской Фамиліи". Учрежденіе Государственнаго Совѣта, „Учрежденіе Государственной Думы" и законы о выборахъ въ Государственный Совѣтъ или въ Государственную Думу, а въ мѣстѣ съ тѣмъ и самъ манифестъ 20 февраля 1906 года, хотя и содержали въ себѣ постановленія, опредѣляющія во многихъ отношеніяхъ основное правовое государственное устройство Россійской Имперіи, тѣмъ не менѣе, какъ ясно видно изъ этого манифеста (выше с. 94), не считались со стороны нашего законодателя основными государственными законами и подлежали дѣйствію законодательнаго почина Государственной Думы и Государственнаго Совѣта. Этотъ починъ, однако, принадлежалъ этимъ учрежденіямъ въ этой области лишь настолько, насколько не имѣлъ въ виду произвести нарушенія правъ и преимуществъ, сохраненныхъ за Государемъ Императоромъ и членами Императорской Фамиліи по законамъ 20 февраля 1906 года, т. е. по манифесту, учрежденію Государственной

[1]) Манифестъ 20 февр. 1906 г. — Учрежденіе Госуд. Думы 1906 г. ст. 32; 55—57.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 8, 65.



Думы и указу о переустройствѣ учрежденія Государственнаго Совѣта.

Новые же основные государственные законы, Высочайше утвержденные 23 апрѣля 1906 года, расширяютъ до крайности кругъ законовъ, объявленныхъ основными, и ввѣряютъ право законодательнаго почина относительно всѣхъ этихъ законовъ единственно самому Государю Императору [1]).

Нечего и говорить, что эта реформа законодательнаго почина, спѣшно произведенная, по настоянію бюрократіи, за четыре дня до открытія Государственной Думы, сильно увеличила трудность борьбы народнаго представительства съ произволомъ правительства, сильно понизила возможность надежнаго обезпеченія насущныхъ интересовъ благосостоянія русскаго народа, вызвала справедливое негодованіе сторонниковъ разумнаго прочнаго умиротворенія Россіи, а Государю Императору не только не принесла никакой пользы, но даже создала невыгодное положеніе, такъ какъ бюрократія, уменьшая права Государственной Думы, въ интересахъ своего самовластнаго господства, прикрылась правами Государя Императора.

Далѣе, Государственная Дума, по законамъ 20 февраля и 23 апрѣля 1906 г., имѣетъ нѣкоторое весьма ограниченное право и обязанность надзора за законностью управленія государствомъ со стороны министровъ и главноуправляющихъ отдѣльными частями, съ подвѣдомственными учрежденіями и должностными лицами, подчиненныхъ, по законамъ, Правительствующему Сенату [2]). Но Государственной Думѣ не дано никакихъ надежныхъ средствъ ни къ постоянному правильному осуществленію этого надзора, ни къ понужденію министровъ и

---

[1]) Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 8; 65.

[2]) Манифестъ 20 февраля 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 33; 58—59.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 10; 66.—Министръ Императорскаго Двора и Удѣловъ, съ должностными лицами и учрежденіями этого министерства, не подчиненъ, по закону, Правительствующему Сенату (Сводъ Законовъ. Т. I. Ч. II. Изданіе 1892 г. Учрежденіе Правительствующаго Сената. ст. 1. — Учрежденіе Министерствъ. Разд. XII. Учрежденіе Министерства Императорскаго Двора. ст. 876; 878—881), а потому не подчиненъ и никакому надзору Государственной Думы.

главноуправляющихъ относительно своевременнаго представленія отвѣтовъ на запросы, ни къ обузданію незаконнаго образа дѣйствій со стороны этихъ лицъ и ихъ подчиненныхъ [1]).

Наконецъ, законами 20 февраля, 8 марта и 23 апрѣля 1906 г. Государственной Думѣ предоставлено право и обязанность разсмотрѣнія многихъ изъ государственныхъ дѣлъ по финансовой и экономической части. Думѣ предоставленъ по этимъ дѣламъ: въ видѣ общаго правила,—совѣщательный голосъ [2]), а въ качествѣ исключенія, въ нѣкоторыхъ категоріяхъ случаевъ и притомъ большею частью подъ сильными ограничительными условіями, — рѣшающій [3]). Нѣкоторые же изъ проектируемыхъ государственныхъ расходовъ, въ случаѣ не превышенія ими узаконенныхъ предѣловъ въ проектѣ государственной росписи [4]), точно также, какъ всѣ „чрезвычайные сверхсмѣтные кредиты на потребности военнаго времени и на особыя приготовленія, предшествующія войнѣ“ [5]), вовсе не подлежатъ обсужденію Государственной Думы.

По такимъ правиламъ Государственная Дума должна разсматривать государственную „роспись доходовъ и расходовъ вмѣстѣ съ финансовыми смѣтами министерствъ и главныхъ управленій, равно какъ денежныя изъ казны ассигнованія росписью не предусмотрѣнныя“ [6]).

„Если государственная роспись не будетъ утверждена къ началу смѣтнаго періода, то остается въ силѣ послѣдняя, установленнымъ порядкомъ утвержденная, роспись, съ тѣми

---

[1]) Учрежденіе Государственной Думы 1906 г. ст. 33; 58—60.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 81—82.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 68 п. 4; 86-95.

[2]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 31 б—е съ примѣчаніемъ.—Указъ 8 мар. 1906 г. о гос. росписи.—Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи. ст. 1; 5—6; 8—9; 12—13; 15.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 72; 74; 76.

[3]) Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи, ст. 7; 11—12.

[4]) Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 4—5; 11—12— Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 73.

[5]) Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 17.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 75.

[6]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 31 б.—Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 1—17.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 72—76.

лишь измѣненіями, какія обусловливаются исполненіемъ последовавшихъ послѣ ея утвержденія узаконеній" [1]).

Хотя законы 20 февраля, 8 марта и 23 апрѣля 1906 г. и надѣлили Государственную Думу правомъ и обязанностью участія, вмѣстѣ съ Государемъ, въ осуществленіи нѣкоторыхъ правомочій верховной власти въ Россійской Имперіи, но въ то же время эти законы поставили между Государственной Думой и Государемъ, какъ бы въ видѣ средостѣнія, Государственный Совѣтъ [2]).

Этотъ Совѣтъ составляетъ нѣсколько высшую посредствующую инстанцію между Государственной Думой и Государемъ [3]).

Государственный Совѣтъ, сверхъ особыхъ своихъ правъ и обязанностей [4]), облеченъ такимъ же правомъ и обязанностью участія, вмѣстѣ съ Государемъ, въ осуществленіи нѣкоторыхъ правомочій верховной власти, какъ и Государственная Дума [5]).

Онъ состоитъ на половину изъ лицъ, назначенныхъ Государемъ [6]), а на половину изъ лицъ, избранныхъ по частямъ,

---

[1]) Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи, ст. 13.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 74.

[2]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 1; 49—53.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта. Отд. II. ст. 2; 9; 11—15; 17.—Указъ 8 мар. 1906 г. о гос. росписи.—Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 1—3; 9; 11—12; 14; 15.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 7-8; 44-45; 65-71.—См. также Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 1; 29; 32; 45; 47; 49-50; 53; 54; 62; 64.—Пусторослевъ—Накануне освобожденія. с. 33-35.

[3]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 49; 51—52; 60.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта. Отд. II. ст. 11; 13—14.—Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 11.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 68; 71.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 29; 47; 49; 62-63.

[4]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 22.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта. Отд. III—VI.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 1; 66-70; 82; 84-99; 104-106.

[5]) Манифестъ 1906 г.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта. Отд. II. ст. 2; 9—12; 15; 17—18.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 5; 32—33; 40; 47—50; 53.—Указъ 8 мар. 1906 г. о гос. росписи.—Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсм. гос. росписи. ст. 11—15.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 7-8; 44-45; 56-57; 60; 63; 64-66; 68-70; 73.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 32; 36; 43-49; 51; 54.

[6]) Манифестъ 1906 г.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Госу-



въ разномъ числѣ, нѣкоторыми различными категоріями вполнѣ имущественно обезпеченныхъ и большею частью привилегированныхъ избирателей. Окончательные выборы производятся, по принадлежности: Святѣйшимъ Синодомъ, съѣздомъ выборщиковъ отъ дворянскихъ обществъ, губернскими земскими собраніями, а также губернскими и областными съѣздами полноцензныхъ землевладѣльцевъ въ неземскихъ губерніяхъ и областяхъ, съѣздомъ выборщиковъ отъ университетовъ и академіи наукъ и съѣздомъ выборщиковъ отъ сословно-профессіональныхъ коллегій торговли и промышленности [1]).

Такой Государственный Совѣтъ есть въ сущности не что иное, какъ законный, искусно устроенный, крѣпкій оплотъ противъ сильныхъ прогрессивныхъ стремленій Государственной Думы для энергичнаго направленія нашей законодательной, правительственной, экономической и финансовой политики въ интересахъ чиновничества, дворянства, крупныхъ землевладѣльцевъ и капиталистовъ.

Вотъ наша Государственная Дума, по законамъ 20 февраля, 8 марта и 23 апрѣля 1906 года.

Она далеко не удовлетворяетъ обѣщаній, данныхъ манифестомъ 17 октября 1905 года, и далеко не соотвѣтствуетъ насущнымъ современнымъ потребностямъ русскаго народа въ дѣлѣ коренныхъ преобразованій русскаго государственнаго строя и управленія. Недостатки ея тѣмъ болѣе ощутительны, что обѣщанная дѣйствительная неприкосновенность личности и жилища, свобода совѣсти, свобода слова, свобода собраній и свобода союзовъ не даны еще въ дѣйствительности, а чуть не половина Европейской Россіи съ Прибалтійскимъ краемъ, Царствомъ Польскимъ, Кавказомъ и Закавказьемъ, значительная часть русскихъ средне-азіатскихъ владѣній и

дарственнаго Совѣта. Отд. I, ст. 1—2. — Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 58.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 2; 9.

[1]) Манифестъ 1906 года.—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Государственнаго Совѣта. Отд. I, ст. 1—2; 4—10; 15, а также Отд. VII—VIII; XII.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 58; 62.—Учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 2; 9-24; приложеніе къ ст. 12 (прим.).

вся наиболѣе населенная часть Сибири находятся въ какомъ-нибудь изъ тяжелыхъ исключительныхъ положеній: или на военномъ положеніи съ почти полнымъ произволомъ военныхъ генералъ-губернаторовъ, или на положеніи чрезвычайной охраны, или на положеніи усиленной охраны.

Вполнѣ сознавая всѣ эти ненормальныя тяжкія условія русской жизни, особенно неблагопріятныя для первоначальнаго образованія и дѣятельности нашей Государственной Думы; вполнѣ понимая, что наша Государственная Дума появляется на свѣтъ въ недоразвитомъ видѣ, со связанными руками и ногами, мы въ то же время ясно сознаемъ, что она тѣмъ не менѣе, хотя и въ несовершенномъ видѣ, все-таки является палатой представителей русскаго народа, составляетъ верховное государственное учрежденіе, облеченное, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, правомочіями верховной власти въ Россійской Имперіи, выступаетъ на арену государственной дѣятельности въ чрезвычайно трудное время, въ чрезвычайно отвѣтственной роли и настоятельно нуждается въ правильной охранѣ, необходимой для каждой палаты представителей культурнаго народа.

Въ виду этого естественно и возникаетъ вопросъ о государственныхъ преступленіяхъ относительно нашей преобразованной Государственной Думы.

Зная о преобразованіи нашей Государственной Думы законами 20 февраля 1906 года въ верховное государственное учрежденіе, облеченное, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, правомочіями верховной власти; зная о сохраненіи этого характера за преобразованной Государственной Думой, при ея дальнѣйшихъ преобразованіяхъ законами 8 марта и 23 апрѣля 1906 года; сознавая настоятельную необходимость прочнаго огражденія этой Государственной Думы отъ преступныхъ посягательствъ и зная, что эти преступныя посягательства составляютъ, съ научной точки зрѣнія, государственныя уголовныя правонарушенія, мы имѣемъ полное основаніе воспользоваться уголовными уложеніями иностранныхъ культурныхъ конституціонныхъ монархій, а въ особенности указа-

ніями науки уголовнаго права и отмѣтить кратко въ общихъ чертахъ, какія дѣянія слѣдуетъ признать государственными преступленіями относительно нашей Государственной Думы, если взглянуть на дѣло съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа.

Займемся этой задачей.

Уголовное право культурнаго государства предусматриваетъ множество уголовныхъ правонарушеній.

Уголовныя правонарушенія, предусмотрѣнныя этимъ правомъ, раздѣляются, по различнымъ разграничительнымъ признакамъ, на группы, подгруппы, роды, виды и подвиды.

Съ логической точки зрѣнія, подраздѣленіе уголовныхъ правонарушеній на группы можетъ быть произведено правильно только по такому признаку, который отличается ясностью и опредѣленностью содержанія, затрогиваетъ самый составъ уголовныхъ правонарушеній и характеризируетъ его существенную черту, имѣющую наиболѣе рѣзкихъ различій. Этимъ условіямъ удовлетворяетъ только одинъ признакъ. Это—разница между уголовными правонарушеніями по ихъ объектамъ въ правильномъ смыслѣ этого слова, а именно—разница по тѣмъ человѣческимъ благамъ, на которыя направлены эти правонарушенія, вопреки уголовно-правовой охранѣ этихъ благъ со стороны государства, т. е. вопреки тому, что государство провозгласило нападенія на эти блага уголовными или преступными правонарушеніями и за учиненіе такихъ нападеній установило наказанія. Только этотъ признакъ и долженъ служить разграничительнымъ признакомъ при подраздѣленіи уголовныхъ правонарушеній на группы [1]).

Что касается дѣйствительности, то въ кругу уголовныхъ правонарушеній, предусмотрѣнныхъ уголовнымъ правомъ культурнаго государства, при правильной классификаціи ихъ по объектамъ, всегда находится обширная группа преступленій

---

[1]) П. П. Пусторослевъ—Конспектъ лекцій по особенной части русскаго уголовнаго права. Выпускъ I. Введеніе. Преступленія и проступки противъ вѣры. Государственныя преступленія. Юрьевъ. 1902, с. 6—13.



и проступковъ противъ безопасности этого государства. Преступленія и проступки противъ безопасности государства и называются государственными преступленіями и проступками.

Государственныя преступленія и проступки, имѣя своимъ постояннымъ общимъ объектомъ безопасность государства, раздѣляются, соотвѣтственно разницѣ своихъ особенныхъ объектовъ, на четыре подгруппы.

Первую подгруппу государственныхъ преступленій и проступковъ въ культурномъ государствѣ составляютъ уголовныя правонарушенія, посягающія на безопасность этого государства посредствомъ посягательства на цѣлость основнаго правового государственнаго устройства этой державы.

Таковъ—бунтъ и однородныя съ нимъ уголовныя правонарушенія.

Всѣ эти уголовныя правонарушенія первой подгруппы можно назвать бунтовщическими или, короче, бунтовскими преступленіями и проступками.

Ко второй подгруппѣ государственныхъ преступленій и проступковъ въ культурномъ государствѣ принадлежатъ уголовныя правонарушенія, посягающія на безопасность этого государства посредствомъ посягательства на неприкосновенность органа верховной власти этого государства.

Каковъ этотъ органъ, это опредѣлено основнымъ правовымъ государственнымъ устройствомъ этого государства.

Если органомъ верховной власти въ данномъ культурномъ государствѣ состоитъ только одинъ человѣкъ, т. е. неограниченный монархъ или самодержавный государь въ обыденномъ смыслѣ этого слова; то ко второй подгруппѣ государственныхъ уголовныхъ правонарушеній въ этомъ государствѣ относятся преступленія и проступки противъ неприкосновенности царствующаго государя.

Если же органъ верховной власти въ данномъ культурномъ государствѣ является сложнымъ и состоитъ не только изъ государя данной монархіи или изъ президента данной республики, но вмѣстѣ съ тѣмъ еще и изъ одной палаты представителей даннаго народа или даже изъ двухъ палатъ; то ко второй подгруппѣ государственныхъ уголовныхъ пра-

вонарушеній въ этомъ государствѣ принадлежатъ какъ преступленія и проступки противъ неприкосновенности царствующаго государя, или властвующаго президента республики, такъ и преступленія и проступки противъ неприкосновенности палаты представителей народа этой державы, а, при наличности двухъ палатъ,—противъ неприкосновенности каждой изъ нихъ.

Государственныя уголовныя правонарушенія второй подгруппы можно назвать преступленіями и проступками противъ органа верховной власти.

Третья подгруппа государственныхъ уголовныхъ правонарушеній въ культурномъ государствѣ заключаетъ въ себѣ уголовныя правонарушенія, посягающія на безопасность этого государства посредствомъ посягательства на неприкосновенность выгодъ положенія этой державы передъ другимъ государствомъ въ военномъ или дипломатическомъ отношеніи.

Такова государственная измѣна и однородныя ей предательскія преступныя дѣянія.

Всѣ эти уголовныя правонарушенія третьей подгруппы можно назвать измѣнническими или, правильнѣе, предательскими преступленіями и проступками.

Наконецъ, къ четвертой подгруппѣ государственныхъ уголовныхъ правонарушеній въ культурномъ государствѣ относятся уголовныя правонарушенія, посягающія на безопасность этого государства посредствомъ посягательства на безопасность другого государства.

Эти государственныя уголовныя правонарушенія можно назвать государственными преступленіями и проступками, затрагивающими международныя отношенія.

Воспользуемся этими свѣдѣніями и посмотримъ, къ какой подгруппѣ должны принадлежать у насъ въ Россіи государственныя преступленія относительно нашей Государственной Думы, облеченной правомочіями верховной власти.

Законами 20 февраля, 8 марта, 23 и 24 апрѣля 1906 года [1])

---

[1]) Собр. уз. 1906. Отд. I. № 38. ст. 196 (Манифестъ); ст. 197 (Учрежденіе Гос. Думы) и ст. 198 (Указъ о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта).—



Государь Императоръ Николай II ввѣрилъ Государственной Думѣ и Государственному Совѣту право и обязанность участія въ обладаніи верховной властью. Благодаря этому, Государственная Дума, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, образуетъ сложный органъ верховной власти въ русскомъ государствѣ, а юридическое положеніе и взаимныя юридическія отношенія Государя, Государственной Думы и Государственнаго Совѣта составляютъ одну изъ самыхъ существенныхъ частей основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи.

При такихъ обстоятельствахъ, очевидно, что преступленія относительно Государственной Думы необходимо являются государственными и занимаютъ мѣсто какъ въ кругу бунтовскихъ преступленій и проступковъ, такъ и въ кругу преступленій и проступковъ противъ органа верховной власти, но остаются совершенно чужды какъ подгруппѣ предательскихъ преступленій и проступковъ, такъ и подгруппѣ государственныхъ преступленій и проступковъ, затрагивающихъ международныя отношенія.

Признавъ, что въ числѣ государственныхъ преступленій относительно нашей Государственной Думы должны быть и преступныя дѣянія, принадлежащія къ подгруппѣ бунтовскихъ преступленій и проступковъ, мы естественно подходимъ къ вопросу, нельзя ли удовольствоваться дѣйствующими постановленіями нашего новаго уголовнаго уложенія 22 марта 1903 года [1]) о бунтѣ и бунтовщическихъ преступныхъ дѣя-

---

Собр. узак. 1906. Отд. I. № 51. ст. 335. Указъ 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи. Правила о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи.—Собр. узак. 1906. Отд. I. № 98. ст. 603. Основные госуд. законы.—Собр. узак. 1906. Отд. I. № 100. ст. 611. Учрежденіе Госуд. Совѣта.

[1]) Собр. уз. 1903 г. Отд. I. № 38. ст. 416. Приложеніе. Уголовное уложеніе.—Уголовное уложеніе вступило въ дѣйствіе относительно государственныхъ и нѣкоторыхъ изъ прочихъ уголовныхъ правонарушеній около средины 1904 года. Собр. уз. 24 іюня 1904 г. Отд. I. № 98. ст. 966. Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта (7 іюня 1904 г.) о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ порядкѣ производства по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ государственныхъ и о примѣненіи къ онымъ постановленій новаго уголовнаго уложенія. Отд. I. ст. 1030—1031 и Отд. VII. п. 1.—Пустораслевъ, Программа лекцій. Вып. I. Первое дополненіе. Ученыя Записки, 1905 г., № 8, стр. 434—435.



ніяхъ [1]) и не вырабатывать въ этой области въ отношеній къ нашей Государственной Думѣ никакихъ уголовно-законодательныхъ постановленій.

Этотъ вопросъ требуетъ большого вниманія, но разрѣшается легко.

Въ самомъ дѣлѣ, хотя дѣйствующія постановленія нашего уголовнаго уложенія относительно бунта и бунтовщическихъ преступныхъ дѣяній узаконены 22 марта 1903 года, въ то время, когда о Государственной Думѣ не было и помину; тѣмъ не менѣе въ настоящее время эти постановленія, благодаря широтѣ ихъ изложенія, имѣютъ полное примѣненіе ко всѣмъ логически подходящимъ подъ нихъ посягательствамъ на цѣлость правъ и обязанностей верховной власти, предоставленныхъ Государственной Думѣ законами 20 февраля, 8 марта и 23 апрѣля 1906 года.

Такъ, постановленія уголовнаго уложенія 22 марта 1903 г. о бунтѣ и бунтовщическихъ преступныхъ дѣяніяхъ запрещаютъ, подъ страхомъ наказанія, преступныя посягательства на цѣлость основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи. Манифестомъ же, учрежденіемъ Государственной Думы и указомъ о переустройствѣ учрежденія Государственнаго Совѣта, Высочайше утвержденными 20 февраля и обнародованными 21 февраля 1906 года, это устройство не сохранено неизмѣнно въ прежнемъ видѣ, но измѣнено самимъ законодателемъ и при томъ измѣнено въ пользу предоставленія Государственной Думѣ права и обязанности участія, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, въ обладаніи нѣкоторыми правомочіями верховной власти [2]).

Закономъ 8 марта 1906 года это право и обязанность Государственной Думы въ области государственнаго бюджета выведены изъ прежняго довольно неопредѣленнаго положе-

---

[1]) Уголовное уложеніе, ст. 99—100; 101 ч. 1—2; 102 ч. 1, 2 и 4; 121; 128; 129 ч. 1. п. 1, ч. 2—3; 130 ч. 1. п. 1, ч. 2—3; 132; 134 ч. 1. п. 1 и 3, ч. 2.

[2]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г.: 1) ст. 1, 31 а, 32, 34, 47—57 [выше с. 91—96]; 2) ст. 33, 58—60 [выше с. 96] и 3) ст. 31 б—е съ примѣчаніемъ [выше с. 97].—Указъ 1906 г. о переустройствѣ учрежденія Гос. Совѣта. Отд. II. ст. 2, 9—13, 14—15, 17—18. Выше с. 91—92.



нія [1]) и въ однихъ отношеніяхъ обставлены сильными ограниченіями [2]), а въ другихъ опредѣлены ближайшимъ образомъ въ духѣ болѣе или менѣе благопріятномъ для Государственной Думы [3]).

Наконецъ, основными государственными законами 23 апрѣля 1906 года право и обязанность участія Государственной Думы, вмѣстѣ съ Государемъ и Государственнымъ Совѣтомъ, въ обладаніи нѣкоторыми правомочіями верховной власти подтверждены [4]), хотя и съ увеличеніемъ важныхъ ограниченій въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ [5]).

Если, однако, и не подлежитъ сомнѣнію, что дѣйствующія постановленія уголовнаго уложенія 1903 года относительно бунтовскихъ преступленій и проступковъ обязательно должны быть примѣняемы въ настоящее время ко всѣмъ логически подходящимъ посягательствамъ на цѣлость правъ и обязанностей верховной власти, принадлежащихъ Государственной Думѣ; тѣмъ не менѣе удовлетвориться этимъ примѣненіемъ нѣтъ возможности, если взглянуть на дѣло, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа.

Камень преткновенія лежитъ въ самомъ уголовномъ уложеніи.

Составленное бюрократическимъ путемъ, безъ всякаго участія представителей русскаго народа, наше новое уголовное уложеніе 22 марта 1903 года ново во многихъ отношеніяхъ только по времени своего утвержденія. Устарѣлыя охранительныя тенденціи полицейскаго государства въ духѣ 80-хъ годовъ прошлаго вѣка, но въ нѣсколько смягченной

---

[1]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 31 б.

[2]) Правила 8 марта 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи ст. 4—6; 8; 13; 16; 17.

[3]) Правила 8 марта 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи. ст. 1; 7; 11—12; 14—15.

[4]) Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 7—8; 25; 42—45; 64—77.—См. также учрежденіе Гос. Совѣта 1906 г. ст. 1; 29; 32; 45; 47—50; 62.—Выше с. 94—97; 98—99.

[5]) Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 8; 15; 25; 76; 77.



степени, насквозь проникаютъ многія изъ постановленій этого уложенія, ко вреду русскаго народа, а прогрессивные новѣйшіе институты культурнаго права, какъ, напр., испытаніе преступника, по постановленію уголовнаго суда, на освобожденіе отъ заслуженнаго наказанія [1]), не находятъ себѣ мѣста.

Къ числу наиболѣе неудовлетворительныхъ частей нашего уголовнаго уложенія, наиболѣе проникнутыхъ устарѣлыми рабολѣпными охранительными тенденціями полицейскаго государства, наиболѣе не соотвѣтствующихъ современнымъ настоятельнымъ потребностямъ русскаго народа въ дѣйствительной гражданской свободѣ и дѣятельномъ участіи представителей народа въ осуществленіи верховной власти, принадлежатъ дѣйствующія постановленія нашего уголовнаго уложенія о государственныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, а въ томъ числѣ и о бунтовскихъ преступленіяхъ и проступкахъ.

Такъ, наше уголовное уложеніе слишкомъ далеко растягиваетъ область государственныхъ, а въ томъ числѣ и бунтовскихъ уголовныхъ правонарушеній путемъ зачисленія въ нее такихъ дѣяній, которыя производятся порядочными людьми, не имѣющими ни малѣйшаго состоянія преступности, и не представляютъ никакой опасности для государства.

Напр., если убѣжденный монархистъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, добровольно дастъ программу соціалъ-революціонной партіи убѣжденному монархисту, занимающемуся научнымъ изслѣдованіемъ программъ нашихъ политическихъ партій, и при томъ дастъ съ цѣлью содѣйствія этой полезной работѣ, то въ этомъ врученіи программы не будетъ въ дѣйствительности ровно ничего преступнаго. А между тѣмъ этотъ поступокъ составитъ по нашему уголовному уложенію одно изъ преступленій пресловутой „смуты“, а именно— непубличное распространеніе ученій или сужденій, возбуждаю-

[1]) П. П. Пусторослевъ, Иностранныя системы освободительнаго испытанія преступниковъ. Отдѣльный оттискъ изъ Ученыхъ Записокъ, Юрьевъ, 1905, стр. 3—6.—П. П. Пусторослевъ, Испытаніе преступника, по постановленію уголовнаго суда, на освобожденіе отъ присужденнаго наказанія, по официальному русскому проекту 1903 года. Вѣстникъ Права, С.-Петербрргъ, 1905, № 9.



щихъ къ учиненію бунтовщическаго дѣянія (ст. 130 ч. 1, п. 1).

Далѣе, нельзя не отмѣтить, что наше уголовное уложеніе имѣетъ смутныя понятія не только о государственныхъ уголовныхъ правонарушеніяхъ, но и о классификаціи уголовныхъ правонарушеній. Эти смутныя понятія особенно ясно выступаютъ наружу въ пятой главѣ этого уложенія. Она посвящена сборной группѣ различныхъ уголовныхъ правонарушеній, разнородныхъ по объектамъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ однородныхъ съ уголовными правонарушеніями, размѣщенными по другимъ группамъ, и надѣлена темнымъ именемъ „смуты“. Эта глава вноситъ немало смуты въ представленія и понятія нашихъ юристовъ о государственныхъ уголовныхъ правонарушеніяхъ.

Наконецъ, наше уголовное уложеніе установляетъ непомѣрно строгія наказанія за многія изъ государственныхъ, а въ томъ числѣ и бунтовскихъ преступныхъ дѣяній и даже узакониваетъ здѣсь въ качествѣ самаго тяжкаго наказанія смертную казнь (ст. 99—101, 105, 108, 119). А между тѣмъ давно уже доказано съ полнѣйшей ясностью, что смертная казнь вовсе не должна имѣть мѣста въ общемъ уголовномъ законодательствѣ культурнаго государства по отношенію къ какимъ бы то ни было, а въ особенности по отношенію къ политическимъ, т. е. государственнымъ и противоправительственнымъ уголовнымъ правонарушеніямъ. Эта казнь представляетъ собой наказаніе, не дѣлимое, не уравнительное и не вознаградимое. Она не нужна ни для общаго, ни для частнаго предупрежденія этихъ преступленій и вполнѣ можетъ быть замѣнена наказательнымъ заключеніемъ. Она пріучаетъ народъ къ жестокости и вызываетъ во многихъ порядочныхъ людяхъ отвращеніе и презрѣніе какъ къ ней, такъ и къ установляющему ее закону и законодателю.

Эти глубокіе недостатки нашего новаго уголовнаго уложенія въ его постановленіяхъ о государственныхъ, а въ томъ числѣ и бунтовскихъ преступныхъ дѣяніяхъ, рѣшительно заставляютъ требовать коренной передѣлки этихъ постановленій и настоятельно вынуждаютъ къ составленію новаго уго-



ловнаго закона о бунтовскихъ преступленіяхъ по отношенію къ Государственной Думѣ.

Ограниченность размѣровъ журнальной статьи не позволяетъ изложить во всей полнотѣ, какія постановленія слѣдовало бы сдѣлать въ уголовномъ законѣ о бунтовскихъ преступленіяхъ относительно нашей Государственной Думы, если взглянуть на дѣло съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа. Въ виду этого, придется ограничиться лишь краткими существенными объясненіями.

Съ только что указанной точки зрѣнія, всѣ постановленія нашего общаго уголовнаго законодательства о государственныхъ уголовныхъ правонарушеніяхъ должны удовлетворять прежде всего четыремъ условіямъ.

Первое состоитъ въ томъ, чтобы государственнымъ уголовнымъ правонарушеніемъ въ русскомъ государствѣ признавалось лишь такое поведеніе человѣка, которое дѣйствительно наноситъ вредъ или, по крайней мѣрѣ, можетъ нанести вредъ русскому государству и народу и при томъ— тѣмъ, что посягаетъ на цѣлость русскаго государства, или его территоріи, или его основного правового государственнаго устройства, или на неприкосновенность органа верховной власти русскаго государства, или на неприкосновенность выгодъ русскаго государства передъ другимъ государствомъ въ военномъ или дипломатическомъ отношеніи, или даже на безопасность иностраннаго государства.

Второе условіе сосредоточивается въ томъ, чтобы государственнымъ уголовнымъ правонарушеніемъ въ русскомъ государствѣ признавалось лишь такое внѣшнее поведеніе человѣка, которое обязано своимъ происхожденіемъ присутствію состоянія преступности въ этомъ лицѣ.

Подъ личнымъ же состояніемъ преступности разумѣется особенное психическое состояніе.

Его нѣтъ у огромнаго большинства людей. Въ этомъ состояніи бываютъ только отдѣльныя лица, составляющія меньшинство, хотя и довольно многолюдное.

Такое состояніе встрѣчается только у отдѣльнаго чело-

вѣка, находящагося въ состояніи вмѣняемости, при наличности условій вмѣненія, и является не прирожденнымъ, но пріобрѣтеннымъ и способнымъ длиться, пріостанавливаться, возобновляться и прекращаться.

Это состояніе отличается болѣе или менѣе значительной недоброкачественностью и особенной предосудительностью. Во время его существованія человѣкъ находится подъ господствомъ мотивовъ, подстрекающихъ къ злу, и болѣе или менѣе значительно страдаетъ нѣкоторыми недостатками ума, чувства или воли, напр., легкомысліемъ, слабостью мышленія, слабостью воли, а иногда фанатизмомъ, жестокостью, подлостью и т. д. (выше стр. 80 прим. 1).

Третье условіе заключается въ томъ, чтобы законодатель, опредѣляя составъ государственныхъ уголовныхъ правонарушеній въ русскомъ государствѣ, не задавался единственно цѣлью предусмотрѣть, въ качествѣ уголовныхъ правонарушеній, всѣ внѣшніе поступки человѣка, способные удовлетворить двумъ первымъ только что указаннымъ условіямъ, но обращалъ бы также вниманіе на послѣдствія усерднаго примѣненія постановленій своего закона въ дѣйствительной жизни для мирныхъ гражданъ и рѣшительно отказывался бы зачислять въ разрядъ государственныхъ или какихъ бы то ни было уголовныхъ правонарушеній такія дѣянія, которыя, даже при наличности личнаго состоянія преступности учинителя, рѣдко могутъ нанести вредъ русскому государству, а большею частью не приносятъ и не могутъ принести никакого вреда и обыкновенно производятся мирными людьми, совершенно чуждыми состоянія преступности. Для народнаго благосостоянія чрезвычайно вредно, если отъ точнаго примѣненія уголовнаго закона о государственныхъ преступленіяхъ и проступкахъ сильно страдаютъ ни въ чемъ неповинные граждане. Это справедливо вызываетъ въ населеніи ненависть и отвращеніе и къ закону, и къ законодателю, и къ государству.

Наконецъ, четвертое условіе состоитъ въ томъ, чтобы законодатель, установляя систему наказаній за государственныя уголовныя правонарушенія, постоянно и добросовѣстно

заботился не только о надежномъ огражденіи государства отъ посягательствъ, но и о дѣйствительномъ огражденіи личности, какъ невинной, такъ даже и преступной, отъ напрасныхъ стѣсненій, не оправдываемыхъ дѣйствительной необходимостью отпора въ интересахъ народнаго благосостоянія.

Всѣ эти четыре условія должны быть удовлетворены и при составленіи уголовнаго закона о государственныхъ преступленіяхъ относительно нашей Государственной Думы, безразлично къ тому, будутъ ли эти преступныя дѣянія принадлежать къ числу бунтовскихъ преступленій относительно Государственной Думы или къ числу преступленій противъ неприкосновенности Государственной Думы.

Возвращаясь специально къ вопросу о бунтовскихъ преступленіяхъ относительно Государственной Думы, мы должны сказать, что учинителемъ такого преступленія, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, можетъ быть только индивидуальный человѣкъ, находящійся въ состояніи вмѣняемости.

При какихъ условіяхъ человѣкъ, учиняя дѣяніе, находится въ состояніи вмѣняемости и при какихъ нѣтъ, этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ пока точно такъ же, какъ онъ рѣшенъ въ дѣйствующихъ постановленіяхъ нашего уголовнаго уложенія (ст. 39—41).

Это вовсе не значитъ, что постановленія нашего уголовнаго уложенія о состояніи вмѣняемости вполнѣ удовлетворительны. Напротивъ, тамъ есть важные недостатки. Но они съ избыткомъ покрываются достоинствами этихъ постановленій и въ виду крайней трудности вопроса о состояніяхъ вмѣняемости и невмѣняемости могутъ быть временно терпимы. Исправленіе этихъ недостатковъ лучше сдѣлать при общемъ коренномъ пересмотрѣ уголовнаго уложенія, чѣмъ при выработкѣ дополнительнаго закона о государственныхъ преступленіяхъ относительно Государственной Думы.

Отъ учинителя бунтовскихъ преступленій относительно Государственной Думы обратимся къ объектамъ этихъ преступныхъ посягательствъ.

Для наличности бунтовского преступленія относительно Государственной Думы, съ принятой нами точки зрѣнія, необходимо, чтобы человѣкъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, посягнулъ на безопасность русскаго государства и при томъ—тѣмъ, что посягнулъ бы на цѣлость основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи въ тѣхъ его частяхъ, которыя опредѣляютъ права и обязанности верховной власти, принадлежащія Государственной Думѣ, т. е., короче сказать, верховныя права и обязанности Государственной Думы.

Таковы въ настоящее время главнымъ образомъ слѣдующія права и обязанности Государственной Думы: а) право и обязанность участія въ законодательной дѣятельности [1]), съ ограниченіями относительно законодательнаго почина [2]), учрежденія объ Императорской Фамиліи [3]) и того времени, когда въ Государственной Думѣ прекращены занятія, по случаю распущенія ея [4]), б) право и обязанность надзора за законностью управленія государствомъ со стороны министровъ и главноуправляющихъ отдѣльными частями, съ подвѣдомственными учрежденіями и должностными лицами, подчиненныхъ, по законамъ, Правительствующему Сенату [5]), в) право и обязанность разсмотрѣнія многихъ изъ государственныхъ дѣлъ по финансовой и экономической части и при томъ, по общему правилу,—съ совѣщательнымъ голосомъ [6]), а въ видѣ исключенія,—съ рѣшающимъ [7]), г) право

---

[1]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 1, 31а, 32, 34, 47—55, 57.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 7; 44; 64—65; 68—71.—См. выше с. 94.

[2]) Манифестъ 1906 г. — Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 32, 55—57.— Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 8; 65.—См. выше с. 94—96.

[3]) Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 25.

[4]) Манифестъ 1906 г. — Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 2—4.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 45.—См. выше с. 94.

[5]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 33, 58—60.— Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 10; 66.—См. выше с. 96 прим. 1 и с. 97 прим. 1.

[6]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 31 б—е съ примѣчаніемъ.—Указъ 8 мар. 1906 г. объ утвержденіи правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи. Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи ст. 1, 5—6, 8—9, 12—13, 15.—Осн. Гос. Законы, ст.: 67, 72, 74, 76.—Выше с. 97.

[7]) Правила 8 мар. 1906 г. о порядкѣ разсмотрѣнія гос. росписи, ст. 7, 11—12.—Выше с. 97.

и обязанность единственной рѣшающей окончательной провѣрки полномочій членовъ Государственной Думы [1]), д) право и обязанность окончательнаго рѣшенія вопросовъ о временномъ устраненіи и окончательномъ выбытіи членовъ Государственной Думы изъ ея состава [2]) и е) право и обязанность огражденія членовъ Государственной Думы отъ незаконнаго неосновательнаго лишенія свободы [3]).

Бунтовское преступленіе относительно Государственной Думы можетъ быть въ наличности только въ томъ случаѣ, гдѣ есть посягательство на два блага: на безопасность русскаго государства и цѣлость основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи въ тѣхъ его частяхъ, которыя опредѣляютъ верховныя права и обязанности нашей Государственной Думы. Посягательства же на другія человѣческія блага, пользующіяся уголовно-правовой охраной, какъ напр., на человѣческую жизнь, тѣлесную невредимость, имущество и т. д., вполнѣ возможны при этомъ, но вовсе не необходимы для наличности бунтовского преступленія.

Отъ объектовъ преступленія переходимъ къ преступному дѣянію.

Твердо держась принятой нами точки зрѣнія, мы должны признать, что бунтовское преступленіе относительно Государственной Думы можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, учинилъ по отношенію къ двумъ вышеозначеннымъ благамъ преступное дѣяніе.

Это преступное дѣяніе состоитъ изъ двухъ частей: изъ субъективной части и обусловленной ею объективной части.

Объективной составной частью служитъ всякое внѣшнее дѣйствіе человѣка, способствующее насильственному или

---

[1]) Манифестъ 1906 г.—Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 48.—Осн. Гос. Законы 1906 г. ст. 60.

[2]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 17—21, 38.—Положеніе о выборахъ въ Гос. Думу. ст. 7 п. а—б, д—ж.

[3]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 16 въ связи съ ст. 15 и 22.

обманному измѣненію основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи въ тѣхъ частяхъ этого устройства, которыя опредѣляютъ верховныя права и обязанности Государственной Думы. Такимъ внѣшнимъ дѣйствіемъ можетъ быть вооруженное нападеніе, угроза убійствомъ, подговоръ, обманъ и т. д.

Говоря о бунтовскихъ преступленіяхъ и проступкахъ, почти всегда имѣютъ въ виду лишь насильственное измѣненіе основного правового государственнаго устройства. Но это слишкомъ односторонне. Забывается возможность обманнаго измѣненія, не менѣе преступнаго для обманщика и не менѣе вреднаго для народа.

Примѣромъ же обманнаго измѣненія конституціи можетъ служить тотъ случай, когда предсѣдатель кабинета министровъ, желая сократить какія-нибудь права верховной власти, принадлежащія палатѣ представителей народа, убѣдитъ царствующаго государя единолично издать новый законъ, сокращающій эти права, и при томъ убѣдить тѣмъ, что сознательно вызоветъ въ монархѣ заблужденіе, будто издаваемый законъ нисколько не нарушаетъ никакихъ правъ палаты. Въ этомъ случаѣ предсѣдатель учиняетъ такое дѣяніе, которое, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой дѣйствительными интересами народнаго благосостоянія, вполнѣ достойно зачисленія въ разрядъ тяжкихъ бунтовскихъ преступленій, требующихъ тажкаго наказанія.

Субъективной составной частью бунтовского преступнаго дѣянія относительно Государственной Думы является виновность.

Она выступаетъ въ формѣ умысла, при отсутствіи условій невмѣненія поступка въ вину. Относительно умысла можно принять временно опредѣленія нашего уголовнаго уложенія (ст. 48 ч. 1) [1].

Бунтовское преступное дѣяніе относительно Государствен-

[1]) Ст. 48 ч. 1: „Преступное дѣяніе почитается умышленнымъ не только тогда, когда виновный желалъ его учиненія, но также когда онъ сознательно допускалъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія“.



ной Думы можетъ быть только умышленнымъ, но никакъ не неосторожнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если человѣкъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, посягаетъ на цѣлость основного правового государственнаго устройства и безопасность государства сознательно, съ цѣлью измѣненія этого устройства, съ помощью обмана или насилія; то онъ не только дѣйствуетъ умышленно, но и обнаруживаетъ въ себѣ своимъ поведеніемъ сильное или, по крайней мѣрѣ, значительное напряженіе состоянія преступности, требующее, въ интересахъ народнаго благосостоянія, энергичной мѣры отпора въ формѣ наказанія.

Если же человѣкъ посягаетъ на эти блага съ помощью какого-нибудь мирнаго дѣйствія или даже съ помощью насилія или угрозы насиліемъ, но посягаетъ безъ умысла, а только по неосторожности; то онъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ производитъ это посягательство, безъ всякаго состоянія преступности, и, слѣдовательно въ огромномъ большинствѣ случаевъ производитъ такое посягательство, которое, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, не представляетъ въ дѣйствительности ничего преступнаго.

Правда, среди неосторожныхъ посягателей на цѣлость основного правового государственнаго устройства и безопасность государства встрѣчаются въ меньшинствѣ случаевъ и такія лица, которыя производятъ эти посягательства, по неосторожности, подъ вліяніемъ своего состоянія преступности. Тѣмъ не менѣе и эти неосторожныя посягательства нельзя признать, съ принятой нами точки зрѣнія, бунтовскими преступными дѣяніями.

Во первыхъ, состояніе преступности у большинства изъ этихъ лицъ никогда не достигаетъ того значительнаго напряженія, которое необходимо, чтобы оправдать примѣненіе такой крайней мѣры отпора, какъ наказаніе.

Во вторыхъ, напряженное состояніе преступности, требующее примѣненія наказанія, обнаруживается у меньшинства этихъ лицъ не столько по отношенію къ посягатель-

ствамъ на цѣлость основного правового государственнаго устройства и безопасность государства, сколько по отношенію къ посягательствамъ на другія блага, непосредственно страдающія отъ насилія или угрозы насиліемъ со стороны этихъ лицъ. Въ виду этого, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, этихъ лицъ слѣдуетъ подвергать обузданію посредствомъ наказанія, но не за посягательства на цѣлость основного правового государственнаго устройства и безопасность государства, а за посягательства на другія блага, непосредственно страдающія отъ угрозъ и насилій со стороны этихъ лицъ. А при такомъ рѣшеніи, о виновности этихъ лицъ въ бунтовскомъ преступномъ дѣяніи не должно быть и рѣчи.

Въ третьихъ, нельзя упускать изъ виду, что зачисленіе неосторожныхъ посягательствъ въ число бунтовскихъ преступныхъ дѣяній относительно Государственной Думы привлечетъ къ уголовной отвѣтственности порядочное число лицъ, не имѣющихъ значительно напряженнаго состоянія преступности, оправдывающаго примѣненіе наказанія, а вмѣстѣ съ тѣмъ привлечетъ къ уголовному суду и наказанію множество лицъ, вовсе не имѣющихъ ни малѣйшаго состоянія преступности. Узаконивая же наказаніе, не заслуженное виною, а тѣмъ болѣе наказаніе безъ всякой вины, государство нисколько не поддерживаетъ этимъ въ дѣйствительности ни правового порядка, ни уваженія къ нему и закону, но только вызываетъ справедливое негодованіе населенія и противъ нелѣпаго закона, и противъ устанавливаемаго имъ дурного правового порядка, и противъ самого законодателя, и противъ самого государства.

Возвращаясь къ опредѣленію преступнаго дѣянія, при бунтовскомъ преступленіи относительно Государственной Думы, съ принятой нами точки зрѣнія, мы должны сказать, что это преступное дѣяніе можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, подъ вліяніемъ умысла, при отсутствіи условій невмѣненія въ вину, учинилъ внѣшнее дѣйствіе, способствующее осуществленію посягательства на без-

опасность русскаго государства и цѣлость основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи въ тѣхъ частяхъ этого устройства, которыя опредѣляютъ права и обязанности верховной власти, принадлежащія Государственной Думѣ.

Что касается стадій осуществленія, то, съ принятой нами точки зрѣнія, бунтовскія преступленія относительно нашей Государственной Думы могутъ имѣть только двѣ стадіи: покушеніе и совершеніе.

Стадія совершенія имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда виновное, умышленное, обманное или насильственное измѣненіе основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи относительно верховныхъ правъ или обязанностей Государственной Думы уже осуществилось на дѣлѣ.

Стадія же покушенія выступаетъ въ томъ случаѣ, когда въ основномъ правовомъ государственномъ устройствѣ Россійской Имперіи еще не произошло никакого измѣненія относительно верховныхъ правъ и обязанностей Государственной Думы, но человѣкъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, уже на мѣстѣ преступленія, умышленно, при отсутствіи условій невмѣненія въ вину, учинилъ какое-нибудь внѣшнее дѣйствіе, способствующее осуществленію этого измѣненія.

Принимая во вниманіе приведенныя соображенія, мы можемъ проектировать постановленіе уголовнаго закона о бунтовскомъ преступленіи относительно Государственной Думы въ стадіи совершенія слѣдующимъ образомъ.

„Виновный въ противозаконномъ, умышленномъ, обманномъ или насильственномъ измѣненіи основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи въ тѣхъ частяхъ, которыя опредѣляютъ права и обязанности верховной власти, принадлежащія Государственной Думѣ, подлежитъ каторгѣ на срокъ не ниже четырехъ и не выше пятнадцати лѣтъ, или ссылкѣ на поселеніе. или заключенію въ крѣпости на срокъ не выше шести лѣтъ.

Присуждая каторгу или ссылку на поселеніе, судъ обязательно приговариваетъ вмѣстѣ съ тѣмъ виновнаго, со-

гласно постановленіямъ уголовнаго уложенія, къ лишенію правъ состоянія (ст. 25), къ потерѣ почетныхъ титуловъ, чиновъ, орденовъ и другихъ, жалуемыхъ правительствомъ, знаковъ отличія, почетныхъ званій и пенсій, а также къ удаленію отъ должностей государственныхъ, церковныхъ, сословныхъ, земскихъ, городскихъ и общественныхъ (ст. 28) и къ утратѣ нѣкоторыхъ правъ, особо перечисленныхъ закономъ (ст. 29—31)".

Предоставленіе нѣсколькихъ различныхъ наказаній въ распоряженіе уголовнаго суда, при осужденіи виновныхъ за совершеніе этого преступленія, необходимо, съ точки зрѣнія правильной уголовной политики, въ виду большихъ различій между величинами и даже характеромъ виновности у различныхъ совершителей этого преступленія.

Отъ стадіи совершенія бунтовскаго преступленія относительно Государственной Думы, обратимся къ стадіи покушенія и проектируемъ желательное постановленіе уголовнаго закона въ этомъ отношеніи.

Это постановленіе можно изложить въ слѣдующемъ видѣ: „покушеніе, за исключеніемъ добровольно оставленнаго или предпринятаго съ очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, влечетъ наказаніе, при чемъ наказаніе можетъ быть понижено, по усмотрѣнію суда, до ареста на срокъ не ниже семи дней".

Постановленія нашего уголовнаго уложенія о покушеніи не могутъ быть приняты. Дѣло въ томъ, что не только правила о наказаніи, при покушеніи на государственныя преступленія (ст. 49 ч. 2; 53 ч. 1—2; 99 ч. 2; 100 ч. 3), но даже и самое понятіе о покушеніи (ст. 49 ч. 1) установлены уголовнымъ уложеніемъ очень неудовлетворительно.

Такъ, уголовное уложеніе признаетъ покушеніемъ „дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія", желаемаго виновнымъ (ст. 49 ч. 1).

Отсюда ясно, что уголовное уложеніе считаетъ разграничительнымъ признакомъ между приготовленіемъ и покушеніемъ пресловутое „начало исполненія" (le commencement d'exé-

cution, der Anfang der Ausführung). А между тѣмъ этотъ взглядъ, какъ извѣстно, совершенно не состоятеленъ.

Во первыхъ, ставя начало исполненія разграничительнымъ признакомъ между приготовленіемъ и покушеніемъ, мы подставляемъ вмѣсто неизвѣстнаго разграничительнаго признака неопредѣленное понятіе, только кажущееся яснымъ.

Во вторыхъ, если признать, что приведеніе преступнаго дѣянія въ исполненіе начинается умышленнымъ учиненіемъ лишь такого дѣйствія, которое вошло бы въ объективную составную часть преступнаго дѣянія, если бы это дѣяніе осуществилось въ стадіи совершенія; то придется слишкомъ сузить понятіе покушенія и слишкомъ растянуть понятіе приготовленія, вопреки обыденнымъ разумнымъ житейскимъ представленіямъ о покушеніи и приготовленіи. Напр., прицѣливаніе въ жертву изъ заряженнаго револьвера, на мѣстѣ преступленія, съ цѣлью убійства, придется признать лишь приготовленіемъ къ убійству.

Въ третьихъ, если признать, что приведеніе преступнаго дѣянія въ исполненіе начинается умышленнымъ учиненіемъ всякаго дѣйствія, способствующаго осуществленію какого-нибудь изъ признаковъ, входящихъ въ объективную составную часть преступнаго дѣянія въ стадіи совершеніи; то, при послѣдовательномъ проведеніи этого взгляда, придется вовсе уничтожить понятіе приготовленія. Нѣтъ ни малѣйшаго сомнѣнія, что всякое умышленное приготовительное дѣйствіе способствуетъ осуществленію какого-нибудь изъ этихъ признаковъ, а потому, при послѣдовательномъ проведеніи только что указаннаго взгляда, должно быть признано покушеніемъ.

Въ виду этихъ недостатковъ, необходимо отказаться отъ несостоятельнаго разграничительнаго признака между приготовленіемъ и покушеніемъ, принятаго нашимъ уголовнымъ уложеніемъ, и взять правильный.

Уже самая разница въ коренномъ смыслѣ словъ: приготовленіе и покушеніе, указываетъ, что между приготовленіемъ и покушеніемъ есть въ дѣйствительности какое-то различіе. Если же мы оставимъ споры и станемъ сравнивать дѣйствія,

несомнѣнно составляющія, по обыденнымъ представленіямъ нашего времени, приготовленіе, съ дѣйствіями, несомнѣнно составляющими, по этимъ понятіямъ, покушеніе, какъ напр., покупку ружья съ цѣлью убійства и прицѣливанье изъ заряженнаго ружья въ жертву на мѣстѣ преступленія съ цѣлью убійства, пріобрѣтеніе прибора для печатанья поддѣльныхъ бумажныхъ денегъ и употребленіе этого прибора въ дѣло для напечатанья фальшиваго рубля; то мы ясно увидимъ, что между дѣйствіями приготовленія и дѣйствіями покушенія дѣйствительно существуетъ большая разница какъ по характеру ихъ, такъ и по обнаруживаемой имъ степени виновности злоумышленника.

Руководствуясь особеннымъ характеромъ приготовительныхъ дѣйствій сравнительно съ дѣйствіями покушенія, мы можемъ опредѣлить приготовленіе слѣдующимъ образомъ: приготовленіе есть умышленное припасеніе средствъ съ цѣлью употребленія ихъ въ дѣйствіе для содѣйствія осуществленію объективной составной части умышленнаго преступнаго дѣянія, взятаго въ стадіи совершенія. Подъ припасеніемъ средствъ разумѣется: пріисканіе средства, пріобрѣтеніе средства, сохраненіе, приспособленіе или отправленіе средства на мѣсто преступленія.

Принимая же во вниманіе особенный характеръ дѣйствій покушенія сравнительно съ дѣйствіями приготовленія, а также разницу между покушеніемъ и совершеніемъ, мы можемъ опредѣлить покушеніе слѣдующимъ образомъ: покушеніе есть умышленное употребленіе наличныхъ средствъ въ дѣйствіе на мѣстѣ преступленія для содѣйствія осуществленію объективной составной части умышленнаго преступнаго дѣянія, взятаго въ стадіи совершенія, не сопровождавшееся полнымъ осуществленіемъ ея въ дѣйствительности.

Совершеніемъ же называется виновное, полное осуществленіе всей объективной составной части дѣянія, предусмотрѣннаго дѣйствующимъ уголовнымъ правомъ государства, въ качествѣ уголовнаго правонарушенія. Преступленіе называется совершившимся лишь тогда, когда, по винѣ человѣка, предусмотрѣнной дѣйствующимъ уголовнымъ правомъ, дѣйстви-

тельно произошли такія внѣшнія явленія, въ которыхъ вполнѣ воплощается вся объективная составная часть дѣянія, признаннаго преступнымъ со стороны дѣйствующаго права.

Что касается до приготовленія къ бунтовскому измѣненію верховныхъ правъ и обязанностей Государственной Думы, то интересы всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа, настоятельно требуютъ крайней осторожности въ установленіи границъ преступнаго въ этой области.

Во первыхъ, далеко не всякое умышленное приготовленіе къ обманному или насильственному измѣненію верховныхъ правъ и обязанностей Государственной Думы можетъ представлять для русскаго государства значительную опасность, достойную вниманія и отпора.

Во вторыхъ, далеко не всякое умышленное приготовленіе къ этому преступленію обязано своимъ происхожденіемъ напряженію личнаго состоянія преступности, достойному такой крайней мѣры отпора, какъ наказаніе.

Въ третьихъ, зачисленіе всякаго умышленнаго приготовленія къ разсматриваемому преступленію въ разрядъ преступнаго необходимо поведетъ къ тому, что множество лицъ подвергнется уголовному суду, осужденію и наказанію въ то время, когда никто изъ нихъ не заслуживаетъ этого по своему состоянію преступности. А это вызоветъ сильное и справедливое недовольство населенія.

Наконецъ, въ четвертыхъ, при зачисленіи всякаго умышленнаго приготовленія къ обманному или насильственному измѣненію верховныхъ правъ и обязанностей Государственной Думы въ разрядъ преступнаго, возникнетъ большая опасность напраснаго арестованія и привлеченія къ дознанію и даже опасность привлеченія къ суду и даже осужденію и наказанію для множества ни въ чемъ неповинныхъ лицъ. Вѣдь, приготовленіе къ этому насильственному преступленію производится въ громадномъ большинствѣ случаевъ съ помощью такихъ дѣйствій, которыя часто совершаются людьми для самыхъ разнообразныхъ житейскихъ цѣлей, безъ всякой мысли о какомъ-нибудь приготовленіи къ преступленію. А между

тѣмъ у нашей жандармеріи и полиціи страшно развито стремленіе къ арестованію людей по самымъ ничтожнымъ подозрѣніямъ въ государственныхъ преступленіяхъ. Напрасныя же притѣсненія ни въ чемъ неповинныхъ гражданъ вызываютъ вполнѣ справедливое и сильное негодованіе населенія и противъ притѣснителей, и противъ притѣснительнаго закона, и противъ неразборчиваго законодателя, и противъ государства.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа, приготовленіе къ обманному или насильственному измѣненію верховныхъ правъ и обязанностей Государственной Думы должно быть признано непреступнымъ и не наказуемымъ въ качествѣ стадіи преступленія. За то должны быть признаны преступными и наказуемыми въ качествѣ преступленій особаго вида тѣ приготовительныя дѣянія, которыя представляютъ значительную опасность для государства и обязаны своимъ происхожденіемъ личному состоянію преступности учинителя, достигшему напряженія, нуждающагося въ рѣшительномъ отпорѣ съ помощью наказанія.

Въ этомъ отношеніи можно проектировать слѣдующія постановленія.

„Виновный въ умышленномъ подстрекательствѣ къ принятію участія въ сообществѣ, имѣющемъ цѣлью обманное или насильственное измѣненіе основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи относительно правъ и обязанностей верховной власти, принадлежащихъ Государственной Думѣ, подлежитъ заключенію въ крѣпости на срокъ не выше двухъ лѣтъ, если это сообщество составилось, но наказуемаго покушенія на замышленное преступленіе не послѣдовало".

„Виновный въ публичномъ умышленномъ подстрекательствѣ къ насильственному измѣненію основного правового государственнаго устройства Россійской Имперіи относительно правъ и обязанностей верховной власти, принадлежащихъ Государственной Думѣ, подлежитъ заключенію въ крѣпости на срокъ не выше одного года, если преступнаго сообщества

для намѣченнаго преступленія не составилось и покушенія на это преступленіе не послѣдовало".

Вотъ и всѣ посягательства относительно Государственной Думы, которыя слѣдуетъ признать, съ принятой нами точки зрѣнія, бунтовскими преступными дѣяніями или, короче, бунтовскими преступленіями относительно Государственной Думы. Съ этой точки зрѣнія, никакихъ другихъ бунтовскихъ преступныхъ дѣяній относительно Государственной Думы не можетъ быть признано.

Познакомившись съ бунтовскими преступленіями относительно нашей Государственной Думы, перейдемъ къ государственнымъ преступленіямъ противъ неприкосновенности Государственной Думы и разсмотримъ ихъ, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа.

Учинителемъ преступленія противъ неприкосновенности Государственной Думы можетъ быть только человѣкъ, находящійся въ состояніи вмѣняемости (выше с. 111).

Для наличности этого преступленія необходимо, чтобы человѣкъ посягнулъ на безопасность русскаго государства и при томъ—тѣмъ, что посягнулъ бы на неприкосновенность Государственной Думы въ дѣлѣ осуществленія ея правъ и обязанностей верховной власти. Посягательство на эти два блага безусловно необходимо для наличности преступленія противъ неприкосновенности Государственной Думы. Посягательства же на другія блага, пользующіяся уголовно-правовой охраной, какъ напр., на человѣческую жизнь, тѣлесную невредимость, свободу, возможны при этомъ, но не необходимы.

Преступленіе противъ неприкосновенности Государственной Думы можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, находясь въ состояніи вмѣняемости, учинитъ относительно двухъ вышеозначенныхъ благъ преступное дѣяніе.

Это преступное дѣяніе состоитъ изъ двухъ частей: изъ субъективной части и обусловленной ею объективной части.

Объективной составной частью служитъ внѣшнее дѣйствіе человѣка, способствующее осуществленію посягательства на неприкосновенность Государственной Думы въ дѣлѣ осу-

ществленія ея верховныхъ правъ и обязанностей и безопасность Россійской Имперіи.

Такимъ внѣшнимъ дѣйствіемъ можетъ быть, напр., разбитіе склянки съ зловонной жидкостью или газами во время засѣданія въ залѣ засѣданія Государственной Думы, публичное заочное произнесеніе оскорбительнаго слова на счетъ Государственной Думы и т. д.

Посягательство на неприкосновенность Государственной Думы можетъ быть сдѣлано также посредствомъ дѣйствія, направленнаго противъ человѣческой жизни, тѣлесной невредимости, свободы и т. д., словомъ—посредствомъ посягательства на другое благо, въ свою очередь уже предусмотрѣннаго уголовнымъ закономъ въ качествѣ отдѣльнаго преступленія или проступка. Въ этомъ случаѣ государственное преступленіе противъ неприкосновенности Государственной Думы является передъ нами уже въ формѣ сложнаго преступленія, производимаго посредствомъ другого преступленія или проступка. Таково, напр., нарушеніе неприкосновенности Государственной Думы убійствомъ предсѣдателя ея во время ея засѣданія.

Нечего и говорить, что посягательство на неприкосновенность Государственной Думы можетъ быть учинено не только посредствомъ дѣйствія, направленнаго противъ общаго собранія Государственной Думы, но и посредствомъ дѣйствія, направленнаго противъ ея члена или противъ состоящаго при ней совѣщанія [1]), или противъ избраннаго ею отдѣла или комиссіи [2]).

Субъективной составной частью преступнаго дѣянія противъ неприкосновенности Государственной Думы является виновность.

Она выступаетъ въ формѣ умысла или неосторожности, при отсутствіи какъ условій невмѣненія въ вину, такъ и условій правомѣрности поступка.

Относительно умысла и здѣсь можно принять временно опредѣленіе уголовнаго уложенія (выше с. 114).

---

[1]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 12.—См. выше с. 93—94.

[2]) Учрежденіе Гос. Думы 1906 г. ст. 5—6.—См. выше с. 93.



Съ опредѣленіемъ же неосторожности въ уголовномъ уложеніи (ст. 48 ч. 2) нельзя согласиться, такъ какъ это опредѣленіе содержитъ въ себѣ предположеніе, совершенно противное дѣйствительности, будто человѣкъ, не предвидѣвшій чего-нибудь въ данномъ случаѣ, могъ предвидѣть это въ этомъ случаѣ.

Дѣло въ томъ, что пониманіе или непониманіе чего-нибудь человѣкомъ вовсе не зависитъ отъ произвола этого лица, но всегда составляетъ послѣдствіе, вытекающее съ необходимостью, по закону причинности, изъ сочетанія предшествующихъ условій, подъ дѣйствіемъ законовъ природы.

Одни изъ этихъ условій относятся къ числу субъективныхъ т. е. находящихся въ самомъ этомъ человѣкѣ, а другія—къ числу объективныхъ т. е. лежащихъ внѣ этого лица, во внѣшнихъ обстоятельствахъ.

Когда внутреннія условія и внѣшнія обстоятельства сложились такъ, что подъ дѣйствіемъ законовъ природы я могу понять данный фактъ; то я непремѣнно пойму его и даже буду не въ состояніи удержаться отъ пониманія. При неблагопріятномъ же стеченіи внутреннихъ условій и внѣшнихъ обстоятельствъ, я ни за что не пойму даннаго факта, хотя бы напрягалъ всѣ свои силы.

Въ виду только что указаннаго недостатка и нѣкоторыхъ другихъ, необходимо отказаться отъ несостоятельнаго понятія о неосторожности, установленнаго уголовнымъ уложеніемъ, и принять правильное понятіе.

Постановленіе о неосторожности можетъ быть изложено слѣдующимъ образомъ.

„Преступное дѣяніе признается неосторожнымъ какъ въ случаѣ небрежности, такъ и въ случаѣ безпечности.

Небрежность имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда человѣкъ не сознавалъ преступности своего дѣйствія или бездѣйствія или возможности наступленія преступнаго послѣдствія, хотя обыкновенный разумный человѣкъ той же профессіи, находясь на мѣстѣ этого лица, созналъ бы это.

Безпечность же имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, учиняя дѣйствіе или бездѣйствіе, сознавалъ возмож-

ность наступленія преступныхъ послѣдствій, обусловленныхъ этимъ поведеніемъ, но не желалъ ихъ и надѣялся на ихъ ненаступленіе, хотя обыкновенный разумный человѣкъ той же профессіи, находясь на мѣстѣ этого лица, не имѣлъ бы этой надежды".

Сдѣлавъ эти оговорки, возвратимся къ разсмотрѣнію преступнаго дѣянія противъ неприкосновенности Государственной Думы и укажемъ въ краткихъ словахъ, что требуется для этого дѣянія. Для наличности этого дѣянія необходимо, чтобы человѣкъ, подъ вліяніемъ умысла или неосторожности, учинилъ внѣшнее дѣйствіе, способствующее нарушенію неприкосновенности Государственной Думы въ дѣлѣ осуществленія ея правъ и обязанностей верховной власти.

Что касается до стадій осуществленія преступленія, то, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа, государственныя преступленія противъ неприкосновенности Государственной Думы могутъ имѣть только двѣ стадіи осуществленія: покушеніе и совершеніе.

Принимая во вниманіе приведенныя соображенія, мы можемъ проектировать желательныя постановленія уголовнаго закона о государственныхъ преступленіяхъ противъ неприкосновенности Государственной Думы въ стадіи совершенія слѣдующимъ образомъ.

„За умышленное воспрепятствованіе Государственной Думѣ, въ лицѣ ея общаго собранія, осуществлять принадлежащія ей права и обязанности верховной власти виновный подлежитъ заключенію на каторгѣ на срокъ не выше шести лѣтъ, или ссылкѣ на поселеніе, съ лишеніемъ правъ состоянія, потерями и утратою правъ, согласно 25, 28 и 29—31 статей уголовнаго уложенія, или заключенію въ крѣпости на срокъ не выше шести лѣтъ.

Покушеніе влечетъ наказаніе, при чемъ наказаніе можетъ быть понижено, по усмотрѣнію суда, до ареста на срокъ не ниже семи дней".

„За неосторожное воспрепятствованіе Государственной Думѣ, въ лицѣ ея общаго собранія, осуществлять принад-




лежащія ей права и обязанности верховной власти виновный подлежитъ заключенію въ крѣпости на срокъ не выше двухъ лѣтъ".

„За умышленное воспрепятствованіе отдѣлу, или комиссіи, или предсѣдателю, или товарищу предсѣдателя, или секретарю, или товарищу секретаря, или члену Государственной Думы, или состоящему при ней совѣщанію, осуществлять права и обязанности, принадлежащія ему, какъ одному изъ органовъ Государственной Думы, виновный подлежитъ каторгѣ на срокъ не выше пяти лѣтъ, или ссылкѣ на поселеніе, съ лишеніемъ правъ состоянія, потерею и утратою правъ, согласно 25, 28 и 29—31 статей уголовнаго уложенія, или заключенію въ крѣпости на срокъ не выше шести лѣтъ.

Покушеніе влечетъ наказаніе, при чемъ наказаніе можетъ быть понижено, по усмотрѣнію суда, до ареста не ниже семи дней".

„За неосторожное воспрепятствованіе органамъ Государственной Думы, перечисленнымъ въ предшествующей статьѣ, осуществлять права и обязанности принадлежащія имъ, какъ органамъ этой Думы, виновный подлежитъ заключенію въ крѣпости или аресту на срокъ не выше одного года".

„Если преступное воспрепятствованіе общему собранію Государственной Думы въ осуществленіи ея правъ и обязанностей верховной власти или преступное воспрепятствованіе отдѣлу, комиссіи, или совѣщанію, или иному органу Государственной Думы въ осуществленіи правъ и обязанностей, принадлежащихъ ему, какъ ея органу, учинено посредствомъ какого-нибудь другого преступленія или проступка; то виновный подлежитъ наказанію по слѣдующимъ правиламъ.

1. Судъ присуждаетъ виновному наказаніе, согласно закону, за каждое изъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ этимъ лицомъ.

2. Въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ наказаній, присужденныхъ виновному, въ качествѣ главныхъ наказаній, за учиненныя имъ преступныя дѣянія, судъ беретъ, при неравенствѣ этихъ наказаній, болѣе тяжкое, а, при равенствѣ, одно изъ равно тяжкихъ и, по своему усмотрѣнію, повышаетъ



это наказаніе, соотвѣтственно каждому изъ прочихъ присужденныхъ главныхъ наказаній, но повышаетъ не выше, чѣмъ на двѣ степени, и затѣмъ приговариваетъ виновному, взамѣнъ всѣхъ присужденныхъ главныхъ наказаній, только одно это повышенное наказаніе въ качествѣ главнаго совокупнаго наказанія за всѣ эти преступныя дѣянія этого лица.

3. Въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ наказаній, присужденныхъ виновному, въ качествѣ дополнительныхъ наказаній, при главныхъ, всѣ дополнительныя наказанія, совмѣстимыя другъ съ другомъ по ихъ природѣ, присоединяются полностью къ совокупному главному наказанію, приговоренному въ окончательномъ итогѣ за всѣ преступныя дѣянія этого лица. При несовмѣстимости же присужденныхъ дополнительныхъ наказаній, изъ двухъ равныхъ несовмѣстимыхъ дополнительныхъ наказаній приговаривается въ окончательномъ итогѣ только одно, а изъ двухъ неравныхъ—только болѣе тяжкое, а другое устраняется".

Установленіе этихъ правилъ о стеченіи наказаній необходимо для того, чтобы въ интересахъ всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія, твердо сдерживать преступниковъ отъ дальнѣйшихъ преступленій и проступковъ и въ то же время не подвергать излишнимъ стѣсненіямъ даже преступника.

Что касается до желательныхъ постановленій уголовнаго закона объ остальныхъ государственныхъ уголовныхъ правонарушеніяхъ противъ нашей Государственной Думы, то намъ остается сказать лишь объ оскорбленіи ея и клеветѣ.

Держась принятой нами точки зрѣнія, мы можемъ изложить проектируемыя нами постановленія въ этомъ отношеніи слѣдующимъ образомъ.

„За умышленное публичное оскорбленіе Государственной Думы, точно также какъ за умышленное разглашеніе какого-нибудь приписываемаго ей, не существующаго позорнаго поступка, виновный подлежитъ заключенію въ крѣпости на срокъ не выше двухъ лѣтъ или аресту на срокъ не выше шести мѣсяцевъ.

Покушеніе влечетъ наказаніе, при чемъ наказаніе можетъ



быть понижено, по усмотрѣнію суда, до ареста не ниже семи дней".

Расширеніе сферы преступныхъ посягательствъ на честь Государственной Думы за эти предѣлы отзовется вредно на благосостояніи русскаго народа, такъ какъ слишкомъ сильно стѣснитъ свободное обсужденіе и разностороннюю оцѣнку дѣятельности Государственной Думы и въ рѣчахъ, и въ печати.

Вотъ проектируемыя нами постановленія уголовнаго закона о преступныхъ дѣяніяхъ противъ неприкосновенности нашей Государственной Думы, желательныя, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа. Никакихъ другихъ преступныхъ дѣяній противъ неприкосновенности Государственной Думы, съ этой точки зрѣнія, не можетъ быть признано.

Если обратимся къ нашему дѣйствующему уголовному законодательству; то найдемъ въ немъ недавно изданный законъ, предусматривающій преступныя посягательства на неприкосновенность Государственной Думы. Это—Высочайшій указъ 8 марта 1906 года [1]).

Этимъ указомъ установлены временныя правила объ огражденіи свободы и правильности выборовъ въ Государственный Совѣтъ и Государственную Думу и огражденіи безпрепятственной дѣятельности этихъ учрежденій.

Въ этомъ указѣ преступнымъ посягательствамъ на неприкосновенность Государственной Думы посвящены двѣ статьи: 8-я и 9-я.

8-я статья постановляетъ: „Виновный въ недопущеніи угрозами, насиліемъ надъ личностью или злоупотребленіемъ властью, Члена Государственнаго Совѣта или Государственной Думы къ исполненію обязанностей сего званія наказы-

[1]) Собр. узак. 11 марта 1906 г. Отд. I. № 54. ст. 353. Именной Высочайшій указъ 8 марта 1906 г. о временныхъ правилахъ объ огражденіи свободы и правильности предстоящихъ выборовъ въ Государственный Совѣтъ и Государственную Думу, а также безпрепятственной дѣятельности сихъ учрежденій.

вается: лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія отъ четырехъ до пяти лѣтъ".

9-я же статья говоритъ: „Виновный въ воспрепятствованіи занятіямъ Государственнаго Совѣта или Государственной Думы угрозою, насиліемъ надъ личностью или поврежденіемъ помѣщенія сихъ установленій, а также искусственнымъ зараженіемъ въ семъ помѣщеніи воздуха, наказывается: лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія отъ пяти до шести лѣтъ.

Если сіе дѣяніе учинено нѣсколькими вооруженными лицами, то виновный наказывается: лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія и ссылкою въ каторжныя работы отъ восьми до десяти лѣтъ".

Эти постановленія закона о преступленіяхъ противъ неприкосновенности Государственной Думы никакъ нельзя признать удовлетворительными.

Такъ, во первыхъ, законъ совершенно не указываетъ ни прямо, ни косвенно, принадлежатъ ли предусмотрѣнныя имъ преступленія противъ неприкосновенности Государственной Думы къ числу государственныхъ уголовныхъ правонарушеній или нѣтъ; а между тѣмъ въ интересахъ правильности классификаціи уголовныхъ правонарушеній это слѣдовало бы отмѣтить.

Во вторыхъ, въ постановленіяхъ закона о преступленіяхъ противъ неприкосновенности Государственной Думы не выдѣлены въ отдѣльности законные составы всѣхъ преступныхъ дѣяній противъ ея неприкосновенности, достойныхъ отдѣльнаго опредѣленія, въ качествѣ отдѣльныхъ уголовныхъ правонарушеній.

Въ третьихъ, дѣлая постановленія о преступленіяхъ противъ неприкосновенности Государственной Думы, законъ не опредѣляетъ законнаго состава ихъ исчерпывающимъ образомъ, съ надлежащей полнотой и точностью.

Напр., въ 9-й статьѣ не указано ясно ни прямо, ни косвенно, что она имѣетъ въ виду только умышленную вину.

При отсутствіи же этого указанія, эта статья необходимо должна быть примѣняема и къ подходящимъ подъ нее неосторожнымъ посягательствамъ на неприкосновенность Государственной Думы т. е. въ частности къ неосторожному повреждепію помѣщенія Государственной Думы и къ неосторожному зараженію воздуха въ помѣщеніи ея. Но тогда окажется, что за эти неосторожныя преступленія полагается отдача въ исправительныя арестантскія отдѣленія на время отъ пяти до шести лѣтъ, съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, а это—наказанія, чудовищныя по своей несоразмѣрности съ этой неосторожной виновностью. Вслѣдствіе этой страшной несоразмѣрности невольно приходитъ на умъ, что законодатель, постановляя эту статью, можетъ быть, имѣлъ въ виду только умышленныя преступныя посягательства на неприкосновенность Государственной Думы, а никакъ не неосторожныя, но только не сумѣлъ выразиться точно. Предположить это вполнѣ возможно, хотя наше законодательство послѣдняго времени далеко не отличается гуманностью.

Въ четвертыхъ, при обложеніи преступленій противъ неприкосновенности Государственной Думы наказаніями, нашъ законъ совершенно упустилъ изъ виду существованіе большой разницы въ величинахъ и характерѣ виновности учинителей и, вопреки очевиднымъ интересамъ правильной борьбы съ преступностью, не предоставилъ надлежащей возможности суду къ правильному соразмѣренію присуждаемаго наказанія съ величиною и характеромъ виновности осуждаемаго преступника.

Наконецъ, въ пятыхъ, самое изложеніе 8-й статьи разсматриваемаго нами закона поражаетъ явнымъ пренебреженіемъ къ элементарнымъ требованіямъ ясности и литературности языка.

Что касается до уголовнаго правосудія по государственнымъ уголовнымъ посягательствамъ относительно Государственной Думы, то, съ точки зрѣнія уголовной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго благосостоянія русскаго народа, уголовный судъ и уголовное судопроизводство по этимъ преступнымъ дѣяніямъ точно также,

какъ и по другимъ государственнымъ уголовнымъ правонарушеніямъ, должны быть устроены не иначе, какъ съ постояннымъ, твердымъ соблюденіемъ дѣйствительныхъ, прочныхъ гарантій основательности уголовнаго правосудія, его правомѣрности, его возможной быстроты, его успѣшности и правильнаго огражденія личности обвиняемаго отъ всякихъ напрасныхъ стѣсненій. Этимъ требованіямъ можетъ удовлетворить только правильно устроенный судъ присяжныхъ съ усовершенствованнымъ общимъ порядкомъ уголовнаго судопроизводства. Этотъ судъ и долженъ имѣть мѣсто какъ по этимъ, такъ и по всѣмъ прочимъ государственнымъ преступнымъ дѣяніямъ.

А между тѣмъ, по новому закону 8 марта 1906 года объ огражденіи свободы и правильности выборовъ въ Государственный Совѣтъ и Государственную Думу и огражденіи безпрепятственной дѣятельности этихъ учрежденій, уголовныя дѣла объ этихъ „преступныхъ дѣяніяхъ подлежатъ вѣдѣнію окружныхъ судовъ на общемъ основаніи, за исключеніемъ дѣлъ о должностныхъ лицахъ, которыя подчиняются правиламъ о подсудности преступленій должности“ (ст. 12).

Хорошо еще, что дѣла объ учиненіи этихъ преступныхъ дѣяній должностными лицами „возбуждаются, по этому закону (ст. 11), въ общемъ порядкѣ судопроизводства, съ преданіемъ виновныхъ суду безъ участія ихъ начальства“. Извѣстно, что преданіе суду за преступленія должности соединено съ большими затрудненіями и притомъ съ тѣмъ труднѣе одолимыми, чѣмъ сильнѣе вѣдомство, въ которомъ виновный состоитъ на службѣ, и чѣмъ выше должность, занимаемая этой личностью.

Что же касается до бунтовскихъ преступныхъ дѣяній относительно Государственной Думы, то они подлежатъ не суду присяжныхъ, но, по общему правилу, судебной палатѣ, съ участіемъ или безъ участія сословныхъ представителей [1]).

[1]) Собр. узак. 1904. Отд. I. № 98. ст. 966. Высоч. утв. мнѣніе Госуд. Совѣта о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ порядкѣ производства по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ государственныхъ. Отд. I. Ст. 1030—1082, а также Отд. VII, п. 1.



А это—судъ, устройство и судопроизводство котораго проникнуто преимущественно стремленіемъ къ обезпеченію осужденія обвиняемому. Въ предварительной же стадіи производства по преступнымъ дѣяніямъ противъ государства или порядка управленія, въ стадіи жандармскаго дознанія, обвиняемый преданъ почти всецѣло на произволъ самовластной жандармеріи, отвѣтственной развѣ передъ Христомъ на страшномъ судѣ Его.

П. Пустороcлевъ.

ПРАВО НА ИСКЪ.

Вопросъ о правѣ на искъ, давно останавливавшій на себѣ вниманіе теоретиковъ права, въ настоящее время представляетъ и практическій интересъ. Правильное рѣшеніе вопроса о томъ, въ чемъ заключается право на искъ, необходимо для выясненія природы новаго вида исковъ—такъ называемыхъ исковъ о признаніи. Для того, чтобы сказать, составляетъ-ли искъ о признаніи не аномалію, но лишь особый видъ общаго родового понятія „искъ", необходимо пересмотрѣть ученіе объ искѣ вообще. Чтобы рѣшить, засимъ, допустимъ-ли и при какихъ условіяхъ этотъ видъ иска, необходимо выяснить, въ чемъ состоитъ право на искъ и, въ зависимости отъ этого,—каковы должны быть условія наличности права на искъ, вообще, и на искъ о признаніи, въ частности.

Настоящая статья посвящена вопросу о томъ, что такое „право на искъ"? [1]). Главные вопросы, здѣсь затронутые, таковы.

Каково *субъективное направленіе* права на искъ? Относится-ли это право къ тому, кто является для даннаго лица противною стороною и, въ случаѣ возникновенія процесса, можетъ вступить въ него въ качествѣ отвѣтчика? Или же право на искъ есть право, относящееся къ тому, отъ кого

---

[1]) Статья эта представляетъ часть приготовленнаго къ печати изслѣдованія природы исковъ о признаніи.



должна исходить защита частно-правовой позиціи истца? Относится-ли это право къ суду или же, въ лицѣ него, къ государству? (§ 1).

Если право на искъ есть право къ государству, то въ чемъ же именно заключается дѣйствіе государства, составляющее *содержаніе права на искъ?* (§ 2).

И, наконецъ, каково *положеніе* лица, являющагося *противною стороною* для истца, если право на искъ есть право къ государству? (§ 3).

I.

Право на искъ долгое время представлялось не иначе, какъ въ тѣснѣйшей связи съ субъективнымъ гражданскимъ правомъ, на защиту котораго искъ направлялся. Въ правѣ на искъ видѣли это же самое субъективное право, лишь разсматриваемое съ точки зрѣнія его осуществленія [1]). Правомъ на искъ именовалось субъективное гражданское право въ реагированіи противъ несогласной съ нимъ воли [2]).

Право на искъ, опредѣлялъ Friedrich Karl von Savigny, есть особый видъ, пріобрѣтаемый каждымъ правомъ вслѣдствіе его нарушенія. Отношеніе, изъ этого нарушенія возникающее, представлялось ему въ такомъ видѣ. Тотъ, чье право нарушено, и нарушитель,—или истецъ и отвѣтчикъ,—стоятъ другъ къ другу въ такомъ отношеніи, какъ кредиторъ и должникъ. Впрочемъ, истиннаго, законченнаго обязательственнаго отношенія Савиньи здѣсь не видѣлъ. Поскольку это новое отношеніе остается въ предѣлахъ простой возможности и не привело еще къ опредѣленной дѣятельности со стороны того, чье право нарушено, здѣсь,—говорилъ онъ,—имѣется

---

[1]) Kroll, Klage und Einrede, 1884, стр. 25.

[2]) Förster, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts, I, 4-ое изд., стр. 272: „in Bethätigung gegen den wiedersprechenden Willen Anderer". Съ этой точки зрѣнія искъ представлялся какъ средство, которое имѣется въ каждомъ отдѣльномъ правѣ для того, чтобы оно могло, при извѣстныхъ условіяхъ, опредѣляемыхъ закономъ, противодѣйствовать тому, что противъ него направлено, nihil aliud quam jus persequendi judicio quod sibi debetur (Förster, l. c., 278 ad 6).



лишь тотъ зародышъ обязательственнаго отношенія, который, однако, путемъ естественнаго развитія, переходитъ въ истинное обязательство [1]).

Отношеніе между правомъ на искъ и субъективнымъ гражданскимъ правомъ представлялъ Савиньи не какъ отношеніе двухъ самостоятельныхъ правъ; въ возникновеніи права на искъ видѣлъ онъ процессъ развитія субъективнаго гражданскаго права, метаморфозу этого послѣдняго, которая можетъ произойти во всякомъ правѣ; появленіе права на искъ, по его ученію, это лишь отдѣльный моментъ въ жизненномъ процессѣ права, моментъ такого же рода, какъ и возникновеніе и прекращеніе права [2]). Съ такой точки зрѣнія, право на искъ по своему субъективному направленію, естественно, не могло казаться инымъ, какъ только правомъ къ противной сторонѣ, къ отвѣтчику, къ тому, кто нарушилъ данное субъективное право.

Характеризуя право на искъ, какъ свойство гражданскаго матеріальнаго права, сторонники этого воззрѣнія оставляли совершенно въ тѣни публично-правовую сторону вопроса, несмотря даже на то, что уже въ постоянно цитировавшемся римскомъ опредѣленіи „actio-nihil aliud quam juspersequendi....“ подчеркнуто было направленіе права на искъ въ публично-правовую сторону; въ опредѣленіи Юстиніана сказано „jus persequendi judicio“ [3]); это „judicio“ нѣкоторыми даже прямо опускалось, этого слова не замѣчали [4]). Право на искъ по-

---

[1]) F. K. V. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, V [1841], 4—5.

[2]) Savigny, l. c., 3.—Связь субъективнаго права съ правомъ на искъ обозначалась весьма различно. Langheineken въ своемъ Urteilsanspruch, p. 2, собралъ цѣлый рядъ формулъ, употреблявшихся для обозначенія этой связи. Право на искъ, говорили, „wohne dem subjectiven Rechte inne“; называли право на искъ либо составною частью субъективнаго гражданскаго права, либо его принадлежностью (Zubehör), элементомъ, имманентнымъ свойствомъ и т. п. Право на искъ, высказывалось и въ русской литературѣ, есть матеріальное право, одно изъ сторонъ каждаго гражданскаго права; такъ: проф. Гольмстенъ, Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, 3-е изд., стр. 10).

[3]) Pr. J. IV, 6.

[4]) Напр., Förster-Eccius, l. c., 278, прим. 6. Напротивъ, подчеркиваетъ признакъ „judicio“ Plósz, Beiträge z. Theorie d. Klagerechts, 1880, стр. 20.



нималось, какъ право искать съ противника; оставлялось безъ вниманія, что для осуществленія этого права искать былъ указанъ и путь: „обращаясь именно къ суду“.

Медленнымъ путемъ шло развитіе идеи права на искъ, какъ права, направляющагося къ государству, но не къ противной сторонѣ или, по крайней мѣрѣ, не только къ ней. Мысль эта не представляетъ, однако, достоянія лишь конца истекшаго столѣтія; появленіе ея нельзя связывать съ трудами профессора Ваха: уже въ первой половинѣ прошлаго вѣка мысль о такой конструкціи права на искъ проникаетъ въ литературу. Въ 1833 году вышла въ свѣтъ статья, авторъ которой—Hasse—опредѣляетъ право на искъ, какъ право требовать, чтобы воля государства, черезъ свой органъ—судъ, обнаружилась и осуществилась относительно нашего права [1]). Опредѣленіе Hasse осталось, видимо, незамѣченнымъ. Только двадцать четыре года спустя снова проскользнула та же мысль въ работѣ Muther'a, написанной по поводу книги Windscheid'a (Die Actio des römischen Civilrechts, 1856). Muther снова, но, какъ и Hasse, лишь мимоходомъ, говоритъ о правѣ на искъ, какъ правѣ на государственную помощь [2]). Идея публично-правового отношенія истца къ государству въ лицѣ суда принимается въ основу системы построенія гражданскаго процесса лишь въ 1868 году, въ работѣ профессора Оскара Бюлова „Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen“.

Наконецъ, полное торжество идеи публичнаго права на искъ представляетъ созданная проф. Вахомъ теорія публично-правового притязанія на защиту права (Rechtsschutzanspruch). Въ правѣ на искъ усмотрѣлъ проф. Вахъ лишь одинъ изъ видовъ притязанія, обращаемаго частнымъ

---

[1]) Hasse, Ueber das Wesen der actio въ Bheinisches Museum für Jurisprudenz, VI (1833). Право на искъ, по его опредѣленію, есть „das Recht zu fordern, dass der Staatswille sich selbst in Beziehung auf unsere Rechte durch sein Organ, das Richteramt, offenbare und verwirkliche“ (l. c. 10).

[2]) Онъ опредѣляетъ право на искъ какъ „ein Recht des in seinem Recht verletzten auf Staatshülfe“ (Muther, Zur Lehre v. d. römischen Actio, d. heutigen Klagrecht, 1857, стр. 47).



лицомъ къ государству, именно притязаніе на судебное рѣшеніе (Urteilsanspruch) [1]).

Свою теорію проф. Вахъ развилъ съ большею подробностью, остановившись на изслѣдованіи природы исковъ о признаніи, заставившихъ, очевидно, и Ваха, какъ и другихъ изслѣдователей этого явленія, еще больше удѣлить вниманія давно ждавшему своего пересмотра вопросу о правѣ на искъ. Въ 1889 году появляется работа Ваха „Der Feststellungsanspruch", открывающая, несомнѣнно, цѣлую эпоху въ ученіяхъ объ искѣ и процессѣ. Послѣдователей у Ваха оказалось не мало. Но важнѣе всего то, что, благодаря Ваху, вопросъ о публично-правовой конструкціи права на искъ былъ поставленъ на очередь изслѣдованія, давшаго въ результатѣ цѣлый рядъ цѣнныхъ трудовъ, посвященныхъ построенію публичнаго права на искъ и разбору предложенныхъ конструкцій.

Отношеніе между государствомъ и лицомъ, имѣющимъ право на искъ, объясняютъ слѣдующимъ образомъ.

Въ правѣ на искъ какъ правѣ, имѣющемъ направленіе къ государству въ лицѣ его органовъ, видятъ современную для насъ стадію эволюціи самопомощи въ дѣлѣ защиты своего гражданскаго права. Историческимъ первообразомъ права на искъ считаютъ самопомощь. Проф. Lothar Seuffert такъ изображаетъ ходъ этой эволюціи.

Каждая норма права имѣетъ въ себѣ тенденцію къ принудительному осуществленію ея. У множества народовъ въ ихъ прошломъ видимъ мы то время, когда примѣненіе мѣръ принужденія для осуществленія притязанія совершенно предоставлялось управомоченному. Собственными силами, въ случаѣ необходимости—при содѣйствіи товарищей, отстаиваетъ онъ свое право. Слѣдующій фазисъ эволюціи—примѣненіе мѣръ принужденія предоставляется самопомощи подъ *контролемъ*. Нѣтъ ничего невѣроятнаго въ томъ, что это происходило такъ: лицу, противъ котораго управомоченный примѣнялъ силу, открывалась возможность жаловаться органамъ

[1]) Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, I, 1885, 19 сл.



государства на неправильный актъ примѣненія силы. Дальнѣйшее развитіе знаменуется перемѣною въ роли контроля. Стоявшій первоначально на второмъ планѣ контроль примѣненія силы для самопомощи выдвигается впередъ. Управомоченный не можетъ уже приступить къ самопомощи раньше, чѣмъ органы государства не дадутъ ему на то разрѣшенія (Ermächtigung). На этой ступени стоитъ древне-римское процессуальное право, по которому на основаніи судебнаго рѣшенія, ex causa judicati, предоставлялось кредитору произвести приватное исполненіе противъ личности должника, manus injectio. Въ этомъ именно періодѣ, говоритъ Seuffert, и возникла возможность добиваться рѣшенія органовъ государства о существованіи субъективнаго права. Это правомочіе (Befugniss) и есть то, что называемъ мы правомъ на искъ [1]).

Право на искъ представляется, такимъ образомъ, результатомъ послѣдовательнаго развитія соціальнаго быта. Съ запретомъ нѣкогда существовавшей самопомощи въ дѣлѣ защиты своего гражданскаго права должно было быть признано государственною властью право на искъ. Въ противномъ случаѣ, ограждая обязаннаго отъ насилія со стороны управомоченнаго и, во имя этого, отнимая у послѣдняго право самопомощи, общественная власть допустила бы несправедливость, оставивъ безъ возмѣщенія такое ограниченіе. Право на искъ и является необходимымъ слѣдствіемъ запрета самопомощи, возмѣщеніемъ, эквивалентомъ этого ограниченія, требуемымъ соображеніями справедливаго разграниченія интересовъ управомоченнаго и обязаннаго.

Таковы, въ сущности, тѣ основанія, по которымъ признается право гражданства за правомъ на искъ, какъ правомъ къ государству. Въ такомъ смыслѣ высказались, напримѣръ, Hellwig и Langheineken [2]).

---

[1]) Seuffert. Recht, Klage, Zwangsvollstreckung, въ Grünhut's Zeitschrift, томъ 12 (1885), 618.

[2]) Управомоченный,—говоритъ Hellwig,—который не въ правѣ помогать себѣ путемъ самоуправства и не можетъ самъ себѣ помочь, за отсутствіемъ у себя, по естественнымъ или юридическимъ основаніямъ, средствъ къ удовлетворенію своего юридическаго интереса, можетъ (ist befugt) обращаться за помощью



Какъ эквивалентъ ограниченія самопомощи, право на искъ по отношенію къ государству представляютъ также и другіе [1]).

Недопустимость защиты гражданскаго права собственными силами того, кто въ защитѣ нуждается, является исходнымъ пунктомъ въ эволюціи права на искъ въ смыслѣ права частнаго лица къ государству. Насколько необходимымъ является ограниченіе самопомощи въ предупрежденіе соціальной междуусобицы, настолько же необходимо для государства принять на себя обязанность оказывать судебную защиту въ случаяхъ, когда она требуется. Не принимая на себя подобной обязанности и не установляя, соотвѣтственно

къ назначеннымъ со стороны государства органамъ попеченія о правѣ (Hellwig. Anspruch und Klagrecht, 145; также: Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, стр. 1, 2, 28). Если объективное право, говоритъ Langheineken, установляетъ право на искъ, это не есть произволъ, но необходимое слѣдствіе, коррелатъ *запрета самопомощи*. Правовой порядокъ, какъ врагъ насилія и самоуправства, долженъ представлять индивидууму право искать защиты своего индивидуальнаго правового положенія путемъ установленнаго процессуальнаго производства. Поэтому искъ не есть просьба объ оказаніи акта милости. Тотъ самый правовой порядокъ, который своимъ запретомъ самопомощи исключаетъ возможность самоуправной охраны цивильно-правового положенія, даетъ субъективное право, которое мы называемъ притязаніемъ на защиту права, какъ возмѣщеніе, эквивалентъ ограниченія. Это право, такимъ образомъ, основывается на принципѣ примиряющей справедливости, ausgleichende Gerechtigkeit (Langheineken. Urteilsanspruch, стр. 17).

[1]) Судебное рѣшеніе и принудительное исполненіе, говоритъ, напр., проф. Richard Schmidt, не предоставлены свободной волѣ государства, но составляютъ содержаніе обязанности, возложенной на государство процессуально-правовыми нормами. Государство принимаетъ на себя такую обязанность въ вознагражденіе (zum Entgelt) за недопущеніе помощи себѣ своими собственными силами, принимаетъ ее въ тотъ моментъ, когда оно (государство) устраиваетъ для всѣхъ доступное учрежденіе для защиты права, организуетъ охрану гражданскаго права и опредѣляетъ, посредствомъ общей правовой нормы, фактическія условія для полученія этой охраны. Само собой разумѣется, эта обязанность исполняется лишь отдѣльными органами, судами, устраиваемыми для этой цѣли государствомъ, и чрезъ открытіе процесса концентрируется на обязанности того отдѣльнаго судьи, къ которому обращенъ искъ (R. Shmidt. Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, 1898, стр. 18). Право на искъ выражается въ томъ же духѣ Degenkolb, есть плата (Preis), за которую отказываются отъ самопомощи, получая, взамѣнъ ея, право на искъ (Degenkolb. Einlassungszwang, 1879, 31—32, Beiträge zum Zivilprozess, 1905, 14).

ей, права на искъ, государство сдѣлало бы либо безсильнымъ свой запретъ самопомощи, либо обратило въ пустой звукъ всякое гражданское право [1]).

Въ огражденіе мира и порядка государству приходится принимать на себя обязанность передъ частными лицами. Къ этому вынуждаетъ соціальная необходимость. Въ сознаніи ея государство принимаетъ на себя обязанность оказывать защиту гражданскаго права отдѣльныхъ лицъ и тѣмъ самымъ создаетъ для этихъ послѣднихъ право на искъ. Право это является, такимъ образомъ, какъ рефлексъ обязанности государства.

Такая точка зрѣнія на публичное субъективное право на искъ едва ли идетъ въ разрѣзъ и съ тѣмъ воззрѣніемъ на субъективное право вообще, котораго придерживается профессоръ Georg Iellinek. Надѣляя человѣка правоспособностью, государство, по его ученію, ограничиваетъ себя съ отрицательной стороны, уменьшая тѣмъ самымъ область своего властвованія и, положительнымъ образомъ, предоставляя частнымъ лицамъ притязаніе на его дѣятельность и, такимъ путемъ, само себя обязывая [2]).

Право на искъ съ точки зрѣнія, проводимой Iellinek'омъ, могло быть, такимъ образомъ, представлено какъ результатъ самообязыванія государства въ положительномъ направленіи. Установляя право на искъ, государство обязываетъ себя къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыхъ добивается истецъ. Право на искъ, съ этой точки зрѣнія, есть, по образному выраженію Degenkolb'а, оборотная сторона самообязыванія государства [3]).

Это самообязываніе государства *не можетъ* быть, однако, представляемо какъ установленіе государствомъ *особой нормы* для самого же себя. Самообязываніе государства происходитъ

---

[1]) Очень мѣтко выражаетъ такую мысль Degenkolb. Запретъ самопомощи, говоритъ онъ, при отсутствіи права на искъ, либо самъ себя уничтожаетъ вообще, либо уничтожаетъ право (Degenkolb. Einlassungszwang und Urteilsnorm, 32, прим. 1).

[2]) Iellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, стр. 80; ср. стр. 79, 119, 184.

[3]) Degenkolb. Beiträge zum Zivilprozess, 1905, стр. 12.



при созданіи его правовой организаціи, хотя бы въ системѣ объективнаго права даннаго государства и не было особаго постановленія объ обязанности государства къ огражденію правъ гражданъ, въ родѣ тѣхъ, напримѣръ, положеній, которыя включены были въ прусскій ландрехтъ [1]).

Установляя нормы права, государство тѣмъ самымъ создаетъ законы своего существованія, ставитъ себѣ правовые предѣлы, связываетъ себя объективнымъ правомъ страны. На такое значеніе права для государства указываетъ проф. Паліенко [2]). Право, дѣйствующее въ суверенномъ государствѣ, т. е. не подчиненномъ праву другого государства, говоритъ онъ, не является какой то внѣшней нормой, приказомъ для самого государства, но приказомъ для подвластныхъ лицъ, какъ призванныхъ быть его органами, такъ и для прочихъ гражданъ. Для самого же государства право, въ немъ дѣйствующее,—объясняетъ онъ,—является лишь проявленіемъ его собственной жизни, вытекающимъ изъ самой сущности его, какъ правовой организаціи. Въ этой *правовой организаціи* и видитъ проф. Паліенко *естественное ограниченіе и опредѣленіе государства*, подобно тому, поясняетъ онъ, какъ природныя силы физическаго организма опредѣляютъ и ограничиваютъ жизнь послѣдняго.

Для того, чтобы считать государство обязаннымъ къ огражденію правъ отдѣльныхъ гражданъ, нѣтъ надобности въ особомъ актѣ самообязыванія государства. И безъ этого акта государство является связаннымъ своею правовою организаціею. Собственно говоря, не можетъ быть вовсе и вопроса о томъ, связано ли государство правомъ и на какомъ основаніи, правильно указываетъ профессоръ Вѣнскаго универси-

[1]) Этотъ законъ, между прочимъ, заключалъ въ себѣ такія положенія: „Der Staat ist für die Sicherheit seiner Untertanen, in Ansehung ihrer Personen, ihrer Ehre, ihrer Rechte und ihres Vermögens zu sorgen verpflichtet", и, засимъ, „die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Einwohner, ihrer Personen und ihres Vermögens zu sorgen ist der Grund der demselben zu kommenden allgemeinen und obersten Gerichtsbarkeit" (Allg. preuss. Landrecht, II, 17, §§ 1 и 3).

[2]) Н. И. Паліенко. Суверенитетъ, Ярославль, 1903 г., стр. 393.



тета Gustaw Seideler [1]). Государство,—объясняетъ онъ, приходя къ тому же выводу, къ которому уже раньше пришелъ и проф. Паліенко,—не только возникаетъ въ правѣ и съ правомъ, но и продолжать свое существованіе можетъ только въ правѣ; а такъ какъ сущность права заключается въ томъ, чтобы связывать, то государство, возникая и существуя съ правомъ и въ правѣ, не можетъ быть представляемо иначе, какъ *правомъ связанное*.

Право на искъ есть право къ государству, но отнюдь не къ тѣмъ органамъ его, къ которымъ искъ направляется. Судъ является здѣсь лишь тѣмъ органомъ, на который государство возлагаетъ исполненіе своей обязанности [2]). Судъ долженъ исполнить требованіе истца, если у него есть право на искъ, не въ силу своей обязанности передъ истцомъ, но по долгу передъ государствомъ и подъ страхомъ служебной отвѣтственности передъ нимъ въ случаѣ неисполненія своей обязанности. Не подлежитъ сомнѣнію,—правильно говорятъ,—съ внѣшней стороны тяжущійся входитъ въ отношеніе съ судомъ; суду подаетъ онъ свои ходатайства; передъ судомъ происходятъ пренія; судъ рѣшаетъ дѣло. Но, при всемъ этомъ, судъ остается органомъ государства; его не изолировать отъ государства. Если существуетъ правоотношеніе стороны къ суду, это есть отношеніе къ государству въ лицѣ суда. Что правоотношеніе не связано только съ однимъ конкретнымъ судомъ, на это указываетъ уже способность процесса развиваться по инстанціямъ [3]).

---

[1]) Seideler. Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen, 1905, стр. 44.

[2]) Право на искъ, какъ право именно къ суду, представляютъ, напр., Plank, Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts, II, (1891), стр. 8; Д. Д. Гриммъ, Основы ученія о юридической сдѣлкѣ, 1900, 70.

[3]) Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, Der Streit über den Klagrechtsbegriff, 1905, p. 55. Эту же мысль о дѣятельности государства въ лицѣ суда развиваютъ также Wach, Feststellungsanspruch, 30; Langheineken, Urteilsanspruch, 43, пунктъ 83. Изъ той же мысли исходитъ и проф. Georg Iellineck, говоря, что притязаніе на защиту права состоитъ не въ притязаніи къ суду, ибо онъ, какъ органъ государства, долженъ слѣдовать исключительно велѣніямъ государства, но въ притязаніи къ самому государству—чтобы оно связало учиненіе судебныхъ актовъ съ требованіемъ отдѣльной личности (System der



Что право на искъ есть право именно къ государству, а не къ органамъ его, это—указывалось правильно [1])—особенно обнаруживается, когда идетъ рѣчь о правѣ на искъ о признаніи; цѣлью такого иска является судебное рѣшеніе, *связующимъ* образомъ подтверждающее существованіе правоотношенія, а такую силу можетъ имѣть лишь рѣшеніе, обладающее авторитетомъ государства. Не говоритъ противъ этого и то обстоятельство, что искъ долженъ предъявляться компетентному суду; въ интересахъ правосудія государство заранѣе создаетъ систему правилъ о вѣдомствѣ и подсудности, намѣчая, такимъ образомъ, порядокъ оказанія защиты правъ частныхъ лицъ; обязаннымъ же къ защитѣ остается государство [2]).

Являясь обязаннымъ передъ лицомъ, имѣющимъ право на искъ, *государство* выступаетъ, однако, именно *какъ власть*. Если бы это не было такъ, то право на искъ не могло бы возмѣстить ограниченіе частныхъ лицъ относительно самопомощи. На государствѣ, съ полнымъ основаніемъ подчеркиваетъ

---

subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 121). Того же взгляда проф. Laband: едва ли надо особо отмѣчать, находитъ онъ, что право, осуществляемое путемъ предъявленія иска, направляется не къ судьѣ, но къ государству (Staatsrecht, III, 1901, 349, прим.).

[1]) Hellwig, Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts, I, стр. 148, прим. 20.

[2]) Canstein говоритъ здѣсь объ „Anspruch auf Rechtsschutz des zuständigen Gerichts“ (Zivilprozessrecht, 1905, 136, прим., in f.); надо добавить „отъ имени государства“. Законъ,—правильно говоритъ проф. Hellwig,—устанавливаетъ условія, при которыхъ судъ долженъ оказывать опредѣленнымъ образомъ защиту праву, статуируетъ для подлежащаго органа (das angerufende Organ) соотвѣтственную служебную обязанность (Amtspflicht), неисполненіе которой можетъ обязать чиновника (den Beamten) и государство къ возмѣщенію убытковъ (напр., ст. 839 германскаго гражданскаго уложенія). Но государство признаетъ также *и своею собственною обязанностью* оказывать защиту праву при наличности закономъ установленныхъ условій. *Другая сторона* этой обязанности есть *право* заинтересованнаго лица требовать ея (Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 145). Der Veplichtete gegenüber dem Klagberechtigten, подчеркиваетъ онъ въ другомъ мѣстѣ (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, стр. 148), ist der Staat: является обязаннымъ *государство*. Что же касается *суда*, то его обязанности имѣютъ свое основаніе лишь въ его положеніи какъ органа государства, а не въ особомъ соотвѣтствующемъ его обязанности правѣ истца (Petersen, Die Civilprozessordnung, I, 512).

проф. Нефедьевъ, лежитъ обязанность давать защиту примѣненіемъ своей власти [1]). То, что, въ силу права на искъ, требуется путемъ иска,—говоритъ также проф. Hellwig,—можетъ быть доставлено только государствомъ въ силу его верховной власти [2]). Въ противномъ случаѣ судебное рѣшеніе не могло бы обладать законною силою, не могло бы и быть приводимо въ исполненіе принудительнымъ порядкомъ.

Но, возражаютъ, права на искъ, какъ права къ государству, не можетъ существовать именно по той причинѣ, что на государствѣ, какъ власти, не можетъ лежать той обязанности, по отношенію къ которой право на искъ могло бы явиться оборотною стороною или, по другому выраженію, рефлексомъ.

Отдѣльное лицо, говоритъ проф. Ioseph Kohler, не имѣетъ права всюду, какъ требовательный кредиторъ, тянуть государство за руку и говорить ему: исполняй твой долгъ передо мной. Это не есть то положеніе, которое подобаетъ индивидууму въ отношеніи къ государству. Отдѣльное лицо должно относиться къ нему, какъ къ силѣ, *надъ* нимъ поставленной. Государство не есть равное ему существо, отъ котораго онъ можетъ требовать исполненія обязанностей тѣмъ же путемъ, какъ кредиторъ отъ своего должника. Отдѣльная личность должна обращаться къ государству съ боязливостью (mit Scheu) [3]).

Но почему же частнымъ лицамъ смотрѣть на государство со страхомъ и трепетомъ, а не съ упованіемъ на защиту? Какъ государство обращается къ отдѣльнымъ лицамъ со своими притязаніями, такъ не можетъ быть несогласно съ достоинствомъ государственной власти, если частное лицо предъявляетъ къ ней свои права, ею же установленныя. Какъ государство, говоритъ Langheineken, въ своемъ интересѣ

---

[1]) Е. А. Нефедьевъ, Къ ученію о сущности гражданскаго процесса, 1891, стр. 21, 45 сл.

[2]) Hellwig, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, 1903, 148 ad. пр. 19. Wirkt prinzipiell die Rechtsschutzhandlung, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ (ib., 149, пр. 22) nur soweit, als die Gewalt des judizierenden Staates.

[3]) Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, 77.

въ извѣстныхъ предѣлахъ имѣетъ притязаніе, на публичномъ правѣ основанное, точно такъ же и отдѣльное лицо имѣетъ притязанія на дѣятельность органовъ государства въ его, отдѣльнаго лица, интересѣ; и это притязаніе есть притязаніе правовое, коль скоро находитъ себѣ признаніе въ положеніяхъ публичнаго права [1]). Именно потому къ государству и обращаются за защитой права, что оно не есть равное, но выше поставленное существо. Эта позиція, однако, не исключаетъ возможности существованія у него обязанностей по отношенію къ отдѣльнымъ лицамъ и исполненія этихъ обязанностей не милости ради, но по праву ищущаго защиты.

Но, говорятъ, государство оказываетъ защиту праву не потому, что въ ней заинтересовано частное лицо, а потому, что защита права совершается въ интересахъ самаго же государства и во имя культурной его задачи [2]).

Основаніе для того, чтобы государству принять на себя отправленіе правосудія, говорятъ, заключается уже въ необходимости для государства поддерживать самого себя; интересъ отдѣльной личности въ полученіи защиты своего права не создаетъ поэтому притязанія на защиту права [3]).

Но если государство само заинтересовано въ защитѣ правъ гражданъ, это не препятствуетъ тому, чтобы оно признавало себя и обязаннымъ оказывать такую защиту. Другое дѣло, возможно ли принужденіе къ исполненію государствомъ обязанности по защитѣ правъ гражданъ. Если же принужденіе здѣсь не можетъ имѣть мѣста, то возможно ли, все-таки, говорить о правѣ требовать отъ государства защиты своего права?

Наука права знаетъ, дѣйствительно, теоріи, по которымъ принужденіе является существеннымъ признакомъ права.

---

[1]) Langheineken, Urteilsanspruch, 18, пунктъ *a*.

[2]) Der Rechtsschutz des Einzelnen, говоритъ Kohler (Prozessrechtliche Forschungen, стр. 77, также: 71), ist nur eine Emanation der grossen Gesammtaufgabe. Защищая право, государство,—говоритъ онъ же въ другомъ мѣстѣ (Prozess als Rechtsverhältniss, 13),—выполняетъ die vernünftige Aufgabe der Menschheit).

[3]) Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 47; также въ рецензіи на Hellwig's Lehrbuch, I, въ Busch's Zeitschrift, 34 (1905), 378.



Съ точки зрѣнія такой теоріи отвергаютъ и возможность самообязыванія государства.

Для понятія правовой обязанности,—высказался не такъ давно Hold v. Farneck [1]),—необходимо, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ было на-лицо внѣшнее связываніе. Но такъ какъ, разсуждаетъ онъ, норма не есть что либо, лишь извнутри идущее, и обязанность, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ [2]), есть принужденіе, то правовая обязанность не можетъ возникать черезъ самообязываніе.

Разумѣется, если отождествлять обязанность съ принужденіемъ, то выводъ Ferneck'a представлялся бы логически правильнымъ. Иначе пришлось бы отождествлять и самообязываніе съ самопринужденіемъ, что, однако, было бы совершенно невозможно. Не утверждаетъ противнаго и Jellinek, противъ котораго, главнымъ образомъ, и направлены возраженія Ferneck'a. Jellinek считаетъ возможнымъ,—какъ это отмѣчаетъ и Ferneck [3])—самообязываніе, но никоимъ образомъ не самоуправленіе. Отвергать же возможность самообязыванія было бы лишь послѣдовательно съ точки зрѣнія Ferneck'a. Но едва-ли правильно его исходное положеніе о тождествѣ понятій обязанности и принужденія. Если бы это было такъ, то, коль скоро обязанность есть оборотная сторона права, признакъ принужденія былъ бы необходимъ и для понятія права. Между тѣмъ, какъ показалъ проф. Петражицкій, такой признакъ вовсе не является характерною чертою отличія права. Въ случаѣ физическаго принужденія, говоритъ онъ, „исполненіе" происходитъ фактически путемъ дѣйствія (волевого акта) не того, кто примѣняетъ насиліе. Отсюда видно, что такое принудительное исполненіе можетъ имѣть мѣсто лишь по отношенію къ нѣкоторымъ притязаніямъ, а именно по отношенію къ тѣмъ, для которыхъ личность исполняющаго не имѣетъ значенія. Тѣ дѣйствія, какъ разъ указываетъ проф. Петражицкій, которыя требуются отъ судьи, не могутъ быть

[1]) Freiherr Alexander Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, I, 1903, 188 in f.
[2]) Ibid., 186.
[3]) Ibid., 186.

принудительно исполнены, т. е. замѣнены дѣйствіями органовъ исполнительной власти [1]).

Не отнимаетъ у права значенія права и то обстоятельство, что исполненіе обязанности, составляющей оборотную сторону даннаго права, не санкціонировано особою юридическою нормою [2]). О томъ же, чтобы здѣсь была обязанность нравственная, не можетъ быть и рѣчи уже потому, что, по основной своей роли, государство есть институтъ правовой, для огражденія правового порядка существующій. Фактически огражденіе можетъ оказаться и неосуществляемымъ; но защита правъ гражданина есть, тѣмъ не менѣе, долгъ государства. Этотъ долгъ представляется „закрѣпленнымъ въ принадлежность“ каждому отдѣльному гражданину и составляетъ право этого послѣдняго по отношенію къ государству. Но для того, чтобы можно было говорить о правѣ, исполненіе юридической обязанности, ему соотвѣтствующей, не можетъ являться дѣломъ доброй воли, свободнаго усмотрѣнія либо милости обязаннаго, но составляетъ долгъ послѣдняго [3]).

Не противорѣчитъ-ли право на искъ въ этомъ отношеніи существу права?

Сомнѣніе въ этомъ высказываетъ Fr. Eisele. Что это было-бы за странное юридическое явленіе,—риторически спрашиваетъ онъ,—притязаніе, которое одностороннимъ образомъ установляетъ обязанный по суверенному усмотрѣнію относительно объема, силы, даже существованія,—притязаніе, относительно осуществленія котораго управомоченный предоставляется лишь на волю обязаннаго,—притязаніе, которое обязанный долженъ былъ бы, засимъ, отстаивать противъ самого же себя и которое, кромѣ того, во всякое время можетъ, по своему усмотрѣнію, уничтожить? [4]) Eisele отвергаетъ право-

---

[1]) Л. I. Петражицкій. Очерки философіи права, 1900, 65.

[2]) Ibid., 74

[3]) Ibid., 23.

[4]) Eisele, Civilistische Kleinigkeiten въ Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, томъ 31 (1891), 397. Эту сторону вопроса выдвигаетъ также Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1905, 48.



вое значеніе у притязанія на защиту права. Конечно, говоритъ онъ, можно сказать „каждый подданный имѣетъ къ государству притязаніе на защиту права". Но этимъ выражаютъ не что иное, какъ то, что государство, по своему существу и значенію, имѣетъ задачею оказывать подданнымъ защиту права. Это однако не есть притязаніе правовое [1]).

Но съ этой точки зрѣнія государство не могло бы почитаться юридически связаннымъ и въ томъ случаѣ, когда оно вступаетъ въ гражданскія правоотношенія какъ юридическое лицо, владѣющее и распоряжающееся извѣстнымъ имуществомъ. Государство-фискъ могло-бы, значитъ, оказаться въ любой моментъ свободнымъ отъ принятыхъ обязательствъ, если-бы это заблагоразсудилось государству-законодателю.

Если при правовой своей организаціи государство принимаетъ, какъ показано, обязанность защиты правъ отдѣльныхъ гражданъ и установляетъ правила для оказанія этой защиты со стороны своихъ соотвѣтственныхъ органовъ, оно, государство, не можетъ представляться въ меньшей степени юридически обязаннымъ, чѣмъ государство-фискъ [2]). Для существованія обязанностей государства передъ гражданами такъ же необходима воля государства-законодателя, какъ и для существованія правовыхъ отношеній между частными лицами; отношенія послѣдняго рода потому и являются правовыми, что въ качествѣ таковыхъ они признаны законодателемъ. Въ той же мѣрѣ правовой и связущій характеръ имѣютъ и отношенія частнаго лица къ государству. Государство, поэтому, является юридически связаннымъ по отношенію къ частному лицу, заявляющему свое право на искъ, хотя отъ государства исходитъ какъ существованіе такого права, такъ, равно, условія и порядокъ его осуществленія.

Обязанность государства, составляющая оборотную сторону права на искъ, основывается, какъ выше показано, на правовой организаціи государства. Защита правъ населенія есть жизненная функція государства, какъ выражается Koh-

---

[1]) Ibid.

[2]) Ср. Langheineken, Urteilsanspruch, 15.



ler [1]). Когда истецъ предъявляетъ свой искъ, онъ вызываетъ государство на проявленіе этой функціи. Проявленіе ея, однако, есть результатъ дѣйствія законовъ организаціи государства, въ силу которыхъ лицамъ, удовлетворяющимъ извѣстнымъ требованіямъ, предоставляется право привести государственную машину въ дѣйствіе. Законами дѣйствія опредѣляется и содержаніе права на искъ. Оно является правомъ лишь на то, что, по своимъ законамъ, эта машина можетъ дать. Предъявляя искъ въ русскомъ судѣ, я не могу, напримѣръ, претендовать на примѣненіе тѣхъ усовершенствованныхъ способовъ установленія правды дѣла, которые русскому законодательству еще не извѣстны, не могу, къ примѣру, требовать отъ русскаго суда той самодѣятельности, на проявленіе которой, по своимъ законамъ, обязанъ австрійскій судъ. Такимъ образомъ, не право опредѣляетъ здѣсь размѣръ обязанностей, а, наоборотъ, кругъ послѣднихъ ставитъ предѣлы первому. Въ виду этого, такое право представляетъ собою не что иное, какъ опредѣленную правовою организаціею государства возможность пользоваться государственными установленіями для огражденія частныхъ интересовъ истца.

Это не есть особое, самостоятельное право, подобное, напримѣръ, праву собственности, праву наслѣдованія. Право на искъ какъ возможность полученія государственной защиты есть не что иное, какъ одно изъ проявленій обще-гражданской правоспособности.

Въ послѣднее время въ литературѣ высказывались не разъ уже протесты противъ того, чтобы право на искъ именовать „правомъ". Энергично выдвинулъ такой протестъ проф. Oskar Bülow [2]). До предъявленія иска,—говоритъ Оскаръ Бю-

[1]) I. Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, 71.

[2]) Эту мысль высказалъ онъ уже въ своей работѣ „Das Geständnissrecht" вышедшей въ свѣтъ въ 1899 году. Объ искѣ и правѣ на искъ говорится здѣсь (стр. 37—44) лишь вскользь; право на искъ разсматривается тутъ въ числѣ прочихъ понятій, относимыхъ къ одной категоріи „die Befugniss zur Vornahme rechtsbegründender, rechtsändernder, rechtsbestimmender Handlungen" и представляется какъ „ein Stück der persönlichen Handlungs—und Verfügungsfähigkeit". Болѣе подробно развивается эта идея въ двухъ послѣднихъ работахъ Бюлова, помѣщенныхъ въ Busch's Zeitschrift, томъ 27 (1901), стр. 242 сл. и томъ 31 (1903) стр. 198 сл.



ловъ [1]), существуетъ лишь возможность, предусмотрѣнная процессуально-правовымъ уставомъ для будущаго, еще не вполнѣ извѣстнаго случая, когда былъ бы предъявленъ искъ въ установленной этимъ уставомъ формѣ, открыта и обезпечена возможность, чрезъ выполненіе того условія, создать право на судебное разсмотрѣніе и разрѣшеніе дѣла о правѣ гражданскомъ. Но эта абстрактная и условная возможность возникновенія права не означаетъ еще существованія права, возникающаго лишь чрезъ исполненіе условія.

Если, проводитъ онъ аналогію, я, по правиламъ о наслѣдованіи безъ завѣщанія, ожидаю наслѣдства послѣ родственника, то, пока онъ не умеръ, я не имѣю права наслѣдованія. Равнымъ образомъ, если уставъ гражданскаго процессуальнаго права въ случаѣ предъявленія мною когда-либо иска по правиламъ устава гарантируетъ мнѣ, что тогда будетъ судебное разбирательство и рѣшеніе, то, пока я не выполнилъ указаннаго процессуальнымъ правомъ условія черезъ предъявленіе иска, я еще не имѣю права на судебное рѣшеніе.

Конечно, разсчетъ на возможность, черезъ предъявленіе иска, добиться процесса и рѣшенія, представляетъ собою нѣчто большее, чѣмъ простое ожиданіе. Государство создаетъ и содержитъ судебныя установленія и имъ наказываетъ по каждому иску, предъявленному по правиламъ процессуальнаго устава, приступать къ разбирательству и обсужденію указанной въ искѣ res judicanda. Въ виду этого каждый можетъ вполнѣ полагаться на то, что, путемъ такого иска, онъ достигнетъ права на судебное разбирательство и, въ концѣ концовъ, на судебное рѣшеніе.

Тѣмъ не менѣе, продолжаетъ Бюловъ нѣсколько ниже [2]), возможность вызвать къ жизни право на судебное разбирательство въ гражданскомъ процессѣ—есть просто общая, каждому принадлежащая способность вызывать къ жизни процессы въ неограниченномъ количествѣ по поводу *всѣхъ воз-*

---

[1]) Klage und Urtheil, 1903, Sonderabdruck, стр. 8.

[2]) Ibid., стр. 11, ad прим. 13.



можныхъ дѣлъ, процессуальнымъ правомъ in abstracto признанныхъ допустимыми предметами гражданскаго процесса и рѣшенія, дѣлъ гражданско-правовыхъ, а отчасти даже выходящихъ за предѣлы гражданскаго права, *противъ всѣхъ возможныхъ лицъ*.

Такая широкая власть дѣйствовать (Handlungsmacht), какъ ни велико можетъ быть ея вліяніе на возникновеніе права, сама является еще не созрѣвшею до права. Она представляется въ той же степени не готовымъ правомъ, какъ и способность посредствомъ юридическихъ дѣйствій вызывать гражданскія правоотношенія: это есть, равнымъ образомъ, лишь личное свойство (eine persönliche Eigenschaft), качество личнаго состоянія (status), лишь особое проявленіе (Entfaltung) способности къ юридическимъ дѣйствіямъ (Rechtshandlungsvermögen), вообще предоставляемой лицу объективнымъ правомъ.

Но можно ли называть такую „возможность“ „способность“, „власть“,—правомъ?

Если, говоритъ Бюловъ [1]), явилось представленіе, что сама уже эта допроцессуальная способность вызывать право есть право, и это представленіе пустило уже прочные корни въ теоріи процессуальнаго права, это зависитъ отъ неточности и расточительной свободы примѣненія слова „право“. Это названіе даютъ массѣ всякаго рода возможностей и способностей къ юридическимъ дѣйствіямъ, а иногда даже дѣйствіямъ, не имѣющимъ юридическаго значенія. Такъ, говорятъ о „правѣ“ свободнаго выраженія мнѣній, объ общихъ правахъ человѣка и гражданина.

Нѣтъ ни малѣйшаго основанія,—говоритъ Бюловъ въ другомъ мѣстѣ [2]), власти вызывать черезъ *предъявленіе иска* правовые эффекты, способности черезъ предъявленіе иска вызывать процессуальное правоотношеніе, придавать другое, *болѣе самостоятельное юридическое значеніе*, чѣмъ возможности установлять гражданскія правоотношенія посредствомъ договоровъ купли, займа, брака, усыновленія и т. п.

---

[1]) Ibid., 12,
[2]) Busch's Zeitschrift, томъ 27, стр. 243.



Помимо процессуальной недопустимости обособленія *процессуальнаго проявленія индивидуальной власти располагать своимъ правомъ* и выдѣленія совокупности такихъ проявленій въ *особое „право“ на искъ*, Бюловъ находитъ это и *практически неудобнымъ*. Установленіе такого самостоятельнаго „права“, указываетъ онъ, вело бы къ *громаднѣйшимъ затрудненіямъ*. Въ „правѣ на искъ“ мы получили бы субъективное право, у котораго *не было бы* самаго необходимаго *минимума опредѣленности*.

Это становится особенно яснымъ, объясняетъ Бюловъ [1]), если попытаться отвѣтить на вопросъ, по отношенію къ какому государству существуетъ „право“ на искъ и, далѣе, какой судъ какого государства уже до предъявленія иска обязанъ открыть процессъ и постановить рѣшеніе? До предъявленія иска, говоритъ онъ, не извѣстно съ полною точностью, *какому именно суду подсудно* данное дѣло. Если мы въ данный моментъ въ состояніи признать его подсуднымъ данному суду, то никто не можетъ знать, будетъ ли оно подсудно ему и ко времени предъявленія иска. Таковъ, напримѣръ, тотъ случай, когда отвѣтчикъ, имѣвшій свое постоянное мѣсто жительство въ округѣ одного суда, переѣдетъ въ другой, либо даже въ другое государство.

„Право“ на искъ могло бы, такимъ образомъ, оказаться правомъ ко всѣмъ государствамъ и къ судебнымъ установленіямъ всего свѣта, а быть можетъ и ни къ какому государству, еслибы отвѣтчикъ переселился въ страну, отказывающую иностранцамъ въ защитѣ ихъ правъ гражданскихъ [2]). „Праву“ на искъ, помимо этого, не хватало бы опредѣленности и относительно *противной стороны* въ дѣлѣ, такъ какъ нельзя точно предвидѣть, между какими лицами будетъ происходить процессъ: будутъ ли это тѣ же лица, что и раньше, или же на ихъ мѣсто, вслѣдствіе ихъ смерти либо передачи ихъ гражданскаго права, вступятъ другія. Столь-же

---

[1]) Bülow, Klage und Urteil, 13; въ томъ же родѣ: Busch's Zeitschrift, т. 27 стр. 243.

[2]) Busch's Zeitschrift, томъ 27, стр. 243.



неопредѣленнымъ представляется, по объясненію Бюлова, и *предметъ* судебнаго разбирательства: res judicanda можетъ оказаться совершенно отличною отъ того, что въ данный моментъ было бы res in judicium deducenda [1]).

„Право“ на искъ Бюловъ относитъ къ той же теоретической категоріи „правъ“, къ которой принадлежатъ „основныя права“, „прирожденныя права“, „права человѣка и гражданина“. Отличительной чертой всей массы этихъ „правъ“ выставляетъ онъ неопредѣленность, безпредѣленность, неисчислимость, вслѣдствіе чего и видитъ въ нихъ простыя дозволенности, facultates agendi, предоставляемыя объективнымъ правомъ всѣмъ и каждому; „права“ этого рода далеки отъ того, чтобы заключать въ себѣ точно опредѣленную власть извѣстнаго лица въ отношеніи индивидуально-опредѣленныхъ лицъ или предметовъ [2]). Въ виду этого Бюловъ полагаетъ, что въ интересахъ ясности и отчетливости въ области права и его систематики было весьма полезно, если бы всѣ эти „права“ вовсе не называть правами [3]).

Попытки дать иное наименованіе „праву“ на искъ и однороднымъ съ нимъ понятіямъ уже были сдѣланы. Такъ, Zitellmann, а за нимъ и Hellwig, въ отличіе отъ правъ въ собственномъ смыслѣ, именуемыхъ ими „Rechte des Dürfens“, даютъ названіе „Rechte des Könnens“, „Rechte des rechtlichen Könnens“ „Kann-Rechte“ всякой возможности вызывать своими свободными дѣйствіями выгодные для даннаго лица правовые эффекты [4]).

Настаивая на невозможности называть „правомъ“ такую универсальнаго характера способность (Allerweltsfähigkeit) вызывать процессуальное правоотношеніе посредствомъ предъявленія иска, Bülow находитъ предпочтительнымъ для этого понятія наименованіе „Rerechtigung“ или Refugniss“ [5]).

---

[1]) Klage und Urteil, 16—17.

[2]) Ibid., 17—18.

[3]) Ibid., 20.

[4]) Zitellmann, Internationales Privatrecht, II, 1898, стр. 32: „eine Macht über eine gewisse Rechtswirkung“; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900, стр. 2, прим. 4; Lehrbuch d. deutschen Civilprozessrechts, I, 41, 194, 214, 232.

[5]) Bülow, Klage und Urteil, 20. Право на искъ какъ „die Befugniss“ опре-



Но, и тѣ, кто говоритъ объ измѣненіи терминологіи, прекрасно понимаютъ всю затруднительность этой перемѣны въ настоящую пору, когда вошло въ плоть и кровь не только повседневной жизни, но и строгой науки, говорить о *правахъ* человѣка и гражданина, когда уже установилась привычка не иначе, какъ правомъ именовать и *право* на искъ. Остается примириться съ *условною* терминологіею, слѣдуя лишь указанію Бюлова всегда имѣть въ виду различіе между тѣмъ, что есть право въ собственномъ смыслѣ, и тѣмъ, что называется этимъ именемъ лишь въ смыслѣ переносномъ. Какъ напоминаніе о дѣйствительномъ смыслѣ „права" въ примѣненіи къ праву на искъ представляется не безполезнымъ то добавленіе, которое предлагаетъ Итальянскій ученый Іосифъ Кіовенда. Право на искъ, настоятельно указываетъ онъ, есть *потестативное* право, передавая такимъ образомъ мысль о квалификаціи права на искъ какъ юридической возможности [1]).

Этимъ терминомъ и представляется правильнымъ воспользоваться. Онъ указываетъ на характерную особенность понятія, именуемаго правомъ на искъ, не отнимая установившагося названія „право". Такая характеристика устраняетъ по крайней мѣрѣ, для даннаго времени, когда изслѣдованіе природы права на искъ далеко еще не закончено, необходимость въ иныхъ менѣе подходящихъ обозначеніяхъ [2]).

дѣляетъ также: W e n d t, Lebrbuch der Pandekten, 1888, стр. 230. Употребляютъ акже выраженіе „Macht". Въ этомъ же родѣ терминалогію предлагаетъ и W e i s m a n n, прямо указывая, что выдвигаемое имъ понятіе „Klagbefugniss" есть именно то, что Цительманъ называетъ „Kannrecht" (W e i s m a n n, Lebrbuch des deutschen Ziwilprozessrechts, I, (1903), стр. 67, ad. прим. 67.

[1]) G i u s e p p e C h i o v e n d a, Saggi di diritto prozessuale civile, 1904. L'azione,—говоритъ онъ (стр. 113),—è dunque a nostro parere un diritto potestativo, anzi,—подчеркиваетъ онъ,—é il diritto potestativo per eccellenza. Это есть, говоритъ онъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 107), „un puro potere giuridico" и не представляетъ собою „una figura isolata nel sistema dei diritti", но входитъ въ составъ цѣлой категоріи правъ юридической возможности; точнѣе было бы,—предлагаетъ Кіовенда,—установить названіе „diritti potestativi" (ibid., 107).

[2]) Это, конечно, нисколько не уменьшаетъ заслуги тѣхъ ученыхъ, которые обратили вниманіе на неправильность дававшагося до нихъ объясненія права на искъ. Съ этой точки зрѣнія заслуживаютъ полнаго вниманія такіе взгляды, какъ высказанный проф. Н е ф е д ь е в ы м ъ, признавшимъ существованіе у каждаго



II.

Большое разногласіе въ средѣ сторонниковъ публично-правовой конструкціи права на искъ возбудилъ вопросъ о томъ, въ чемъ именно заключается то *дѣйствіе, котораго добивается истецъ*, осуществляя свое право на искъ.

Одни видятъ здѣсь право требовать судебнаго рѣшенія въ опредѣленномъ, благопріятномъ для истца смыслѣ. Другіе видятъ въ правѣ на искъ право на разрѣшеніе возникшаго вопроса, независимо отъ опредѣленнаго содержанія рѣшенія.

Первую теорію называютъ теоріею конкретнаго права на искъ, вторую—теоріею абстрактнаго права на искъ.

Главою первой теоріи является профессоръ Adolf Wach. Право на искъ, по его ученію, представляетъ собою одинъ изъ видовъ притязанія на защиту права (Rechtsschutzanspruch). Подъ притязаніемъ-же этимъ разумѣетъ онъ право на цивильнопроцессуальную защиту, на актъ охраны права, составляющій цѣль процесса [1]). Процессъ опредѣляетъ Вахъ какъ средство для оказанія справедливой защиты праву или, иначе, говоря субъективно, для удовлетворенія ограждаемаго правомъ интереса въ защитѣ права. Соотвѣтственно этому, и притязаніе на защиту права, по другому его опредѣленію,

---

лица, такъ сказать, общаго права (Befugniss) обращаться въ судъ съ просьбою о защитѣ права (Нефедьевъ, Къ ученію о сущности гражданскаго процесса, 1891, стр. 156, прим. 2), взглядъ проф. L. Kohler'а, разсматривающаго право на искъ лишь какъ Fakultätsbefugniss (Processrechtliche Forschungen, 1889, 71), какъ „Persönlichkeitsrecht“ (Busch's Zeitschrift, томъ 33, стр. 221—222; также: Lehrbuch des bürgerlich. Rechts, I, 1904, стр. 151). Значеніе этихъ взглядовъ—отрицаніе особаго, самостоятельнаго права на искъ. Это отрицаніе, очевидно, побуждаетъ прибѣгать къ такимъ терминамъ, какъ „eine von der Rechtsordnung verliehene Macht“ (Hellmann, Klagrecht, Feststellungsklage und Anspruch, въ Iherings Iahrbücher, томъ 31, стр. 102 и др.), „die unmittelbare rechtliche Macht“ въ смыслѣ „die Fähigkeit, auf Ansuchen staatlichen Machtsmittel zu erlangen (Pagenstecher, Z. L. v. d. materielln Rechtskraft, стр. 20, прим. 47). Въ существѣ дѣла, однако,—правильно замчаетъ Degenkolb (Beiträge zum Zivilprozess, стр. 46, прим. 2), отказъ отъ термина „право“ ничего не мѣняетъ: оно есть, по его выраженію, „aus der Persönlichkeit abschliessende rechtliche Fähigkeit“.

[1]) Wach, Feststellungsaspruch, 15.



есть притязаніе къ государству на удовлетвореніе въ формѣ, установленной процессуальными правилами, интереса въ защитѣ права по отношенію къ отвѣтчику [1]).

Удовлетворяется же притязаніе на защиту права дѣйствіемъ по этой защитѣ, — спеціально, — благопріятнымъ рѣшеніемъ. Способами удовлетворенія могутъ быть рѣшеніе (подтвержденіе, присужденіе и т. п.), принудительное исполненіе, арестъ и т. п. Сообразно этимъ различнымъ формамъ удовлетворенія притязанія на защиту права, Wach различаетъ притязанія на подтвержденіе, присужденіе и т. п. [2]). Когда идетъ рѣчь о притязаніи на судебное рѣшеніе, такого рода притязаніе Wach опредѣляетъ какъ „Recht auf Rechtsschutz gewährendes Urteil" [3]). Содержаніе такого притязанія онъ видитъ въ благопріятномъ для стороны рѣшеніи („das der Parteigünstige Urteil") [4]).

Право истца на благопріятное для него рѣшеніе,—признаетъ Wach, — существуетъ до предъявленія иска, если оно дано ему закономъ. Предъявленіе же иска, по его ученію, даетъ право на рѣшеніе, но не на благопріятное для стороны рѣшеніе [5]).

Изъ массы послѣдователей Ваха прежде всего долженъ быть названъ Landgheineken, посвятившій спеціальное послѣдованіе понятію „Urteilsanspruch" [6]). Расходясь съ Вахомъ

---

[1]) Wach, Handbuch d. deutsch. Civilprozessrechts I, 19.—Rechtsschutzanspruch, формулировалъ онъ въ своихъ лекціяхъ, читанныхъ въ 1899 году, есть притязаніе на опредѣленнаго рода и содержанія дѣйствіе государства для оказанія справедливой защиты его праву въ удовлетвореніе правомѣрнаго интереса въ таковой.

[2]) Wach, Handbuch, 21.

[3]) Ibid., 23, прим. 27.

[4]) Ibid., 24. Онъ употребляетъ при этомъ выраженіе „Entscheidungsanspruch" либо „Urteilsansprch", видимо отдавая имъ предпочтеніе передъ „Klagerecht" (Feststellungsanspruch, стр. 19, 23, 24).

[5]) Два послѣднихъ положенія выставляетъ Wach въ своей статьѣ „Rechtschutzanspruch" въ Zeitshrift für deutschen Civilprozess, томъ 32 (1903) стр. 3, появившейся въ отвѣтъ на возраженія проф. Оскара Бюлова. Объ этомъ ниже. Въ предшествующихъ трудахъ означенныя мысли не были еще такъ рельефно высказаны. Ср., наприм., Handbuch, I, 211 сл.

[6]) Langheineken, Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom klagerecht, Leiptzig, 1899.



въ нѣкоторыхъ пунктахъ, Langheineken всецѣло присоединяется къ возрѣнію о правѣ на искъ какъ о правѣ на благопріятное для истца рѣшеніе, примкнувъ, такимъ образомъ, къ теоріи конкретнаго права на искъ.

И по ученію Langheineken'a, право на искъ, именуемое имъ притязаніемъ на рѣшеніе (Urteilsanspruch), есть одинъ изъ видовъ притязанія на защиту права (Rechtsschutzanspruch) [1]); подъ притязаніемъ же вообще (Anspruch) понимаетъ Langheineken субъективное право въ его направленіи къ подчиненію чужой воли [2]). Равнымъ образомъ, и въ Rechtsschutzanspruch видитъ онъ субъективное право, именно право къ государству въ его судебной функціи, къ государству въ качествѣ носителя судебной власти. Это есть право на судебную защиту въ спорѣ о правѣ гражданскомъ, право на опредѣленное государственное дѣйствіе по защитѣ права [3]).

Разобравъ шагъ за шагомъ отдѣльныя части понятія, Langheineken сводитъ ихъ въ одно общее опредѣленіе понятія „Retchsschutzanspruch“ и, засимъ, право на искъ, какъ отдѣльный видъ этого понятія, опредѣляетъ такъ. Это есть публичное субъективное право къ государству въ его судебной функціи на благопріятное для истца окончательное судебное рѣшеніе спора о правѣ гражданскомъ [4]).

Право истца на искъ, спеціально подчеркиваетъ онъ, есть право на рѣшеніе опредѣленнаго содержанія, именно на рѣшеніе въ пользу истца. Право это осуществляется черезъ предъявленіе иска [5]). Оно существуетъ, поясняетъ онъ свой взглядъ, — уже *до* даннаго процесса, *до* предъявленія иска, но лишь посредствомъ этого можетъ стать практически важнымъ и достигаетъ полной своей реализаціи лишь въ томъ случаѣ, если in concreto обнаруживаются всѣ условія, необходимыя для его осуществленія [6]).

---

[1]) Цит., 11, 44.

[2]) Цит., 122.

[3]) Цит., 15—16, 20.

[4]) Цит., 45.

[5]) Цит., 46.

[6]) Ibid., 46—47, прим. 6.

Въ недавнее время теорія конкретнаго права на искъ нашла энергичнаго защитника въ лицѣ проф. Hellwig'a. Правомъ на искъ (Klagrecht) называетъ онъ конкретное публичное право требовать отъ государства судебной защиты права черезъ постановленіе *опредѣленнаго* рѣшенія по существу. Право это стоитъ въ зависимости отъ *опредѣленныхъ* условій (условій erfolgreicher Klage); оно существуетъ при наличности этихъ условій, т. е. *уже до начала* процесса. Путемъ предъявленія иска оно осуществляется, но не только тогда возникаетъ, и продолжаетъ оставаться обоснованнымъ, хотя-бы предъявленный искъ былъ отклоненъ вслѣдствіе того, что управомоченный къ иску допустилъ промахъ въ формѣ своего ходатайства или обратился къ ненадлежащему органу [1]).

Сторонниками теоріи конкретнаго права на искъ являются также Friedrich Stein и Richard Schmidt.

Понятіе „Rechtsschutzanspruch" опредѣляетъ Stein какъ публичное субъективное право стороны на дѣйствіе государства въ роли суда, право на *благопріятное* для стороны дѣйствіе по защитѣ права. Сюда же какъ отдѣльный видъ относитъ онъ и право на благопріятное рѣшеніе [2]).

При извѣстныхъ условіяхъ, говоритъ Richard Schmidt, процессуальное право даетъ частнымъ лицамъ „ein festes Recht" на судебное рѣшеніе и принудительное исполненіе. Рѣшеніе и исполненіе не предоставляются на волю государства, но составляютъ содержаніе обязанности, возложенной на государство. Эта обязанность уже на лицо со времени нарушенія сферы гражданскаго права. По отношенію же къ процессу она даетъ лишь толчекъ къ открытію его [3]).

---

[1]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1 (1903), 146—147 Эта мысль высказана имъ и въ другихъ трудахъ, и болѣе раннихъ, и позднѣйшихъ; такъ Anspruch und Klagerecht, 1900, 147, ad прим. 8; Klagerecht und Klagmöglichkeit, 1905, стр. 28, 39.

[2]) Такъ: Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, 1903, p. 3. Также и въ другихъ трудахъ, такъ: Civilprozessordnung, 1 (1901), 515, ad прим. 23; das Civilprozessrecht въ Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901, стр. 1175.

[3]) Такъ: Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, стр. 18—19. Также и въ Prozessrecht und Staatsrecht, 1904, стр. 7 сл. Съ его точки



Такимъ образомъ, по теоріи конкретнаго права на искъ, какъ показываютъ уже приведенныя ученія, право на искъ представляется правомъ на *благопріятное* для истца *судебное* рѣшеніе.

Съ уничтожающею критикою этого положенія выступилъ проф. Oskar Bülow [1]).

Положеніе, что право на искъ есть право на рѣшеніе опредѣленнаго содержанія, именно рѣшеніе въ *благопріятномъ* для истца смыслѣ, можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что право на искъ принадлежитъ данной сторонѣ только въ томъ случаѣ, если матеріально-правовое положеніе ея, дѣйствительно, таково, что приводитъ къ благопріятному для данной стороны рѣшенію; напротивъ, та сторона, которой нечего разсчитывать на благопріятное для нея рѣшеніе, не имѣетъ права на искъ [2]).

Но можно-ли это сказать,—вполнѣ натураленъ вопросъ,— въ ту пору, когда идетъ рѣчь о томъ, есть ли у даннаго лица право на искъ? Для этого надо было-бы рѣшить вопросъ, въ чью пользу должно быть постановлено рѣшеніе, въ правѣ на которое состоитъ право на искъ?

Вопросъ о томъ,—правильно поясняетъ Бюловъ, — въ пользу какой стороны подлежитъ постановить судебное рѣшеніе, совпадаетъ именно съ тѣмъ вопросомъ, который какъ разъ и подлежитъ разрѣшенію со стороны суда,—съ вопросомъ, какая сторона матеріально имѣетъ право? Конкретную опредѣленность гражданскаго права создаетъ

зрѣнія искъ представляетъ собою „erbetene im Urteil erfüllte oder von ihm gewährleistete Rechtsschutzfunktion" какъ результатъ (Ausfluss) обязанности органовъ государства по отношенію къ сторонамъ (Prozessrecht und Staatsrecht, 1904, стр. 6).

[1]) Свои возраженія высказалъ онъ первоначально по поводу книги Richard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrecht, 1898, въ статьѣ подъ заглавіемъ „Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts", помѣщенной въ Zeitschrift für deutschen Civilprozess, томъ 27 (1900), 201 сл., и, засимъ, въ статьѣ „Klage und Urteil" въ томъ же журналѣ, томъ 31 (1903), 191 сл. (Издана также отдѣльнымъ оттискомъ; ниже статья эта цитируется по этому изданію).

[2]) Busch's Zeitschrift, томъ 27, стр. 215.



лишь рѣшеніе, обладающее законною силою. Если же одной сторонѣ приписываютъ притязаніе на благопріятное для нея рѣшеніе, напримѣръ, полагаютъ, что истецъ имѣетъ притязаніе на присужденіе съ отвѣтчика, такимъ путемъ предвосхищаютъ исходъ еще не окончившагося процесса: вопросъ о томъ, имѣетъ ли право истецъ или отвѣтчикъ, предполагаютъ уже рѣшеннымъ. Раньше, чѣмъ судъ постановилъ объ этомъ рѣшеніе, существованіе направленнаго на благопріятное рѣшеніе притязанія можно было бы допустить *лишь предположительно* [1]). Конкретная теорія права на искъ,—говоритъ Bülow въ другомъ мѣстѣ [2]),—даетъ истцу допроцессуальное право, направленное уже на *заключительный* актъ процессуальнаго производства, на постановленіе рѣшенія. Эта теорія сбивается въ ту область, которая совершенно не доступна силѣ дѣйствія иска. Конкретная теорія признаетъ за истцемъ власть, а за искомъ силу вызывать правовой эффектъ, къ которому одинъ искъ, одинъ только искъ, не приводитъ и не можетъ приводить. Не говоря о томъ, чтобы право на постановленіе рѣшенія существовало уже до процесса, не возникаетъ этого права и немедленно въ силу предъявленія иска; оно возникаетъ лишь изъ вызваннаго искомъ процессуальнаго разбирательства, т. е. лишь въ концѣ процесса.

То же соображеніе высказываетъ, по поводу конкретной теоріи, и проф. Weismann [3]). Судъ, говоритъ онъ, можетъ рѣшать дѣло лишь по мѣрѣ своего разумѣнія; требовать отъ него чего-либо иного нельзя; а его разумѣніе можетъ составиться лишь на основаніи процесса. Рѣшеніе, какъ и всякое разумѣніе, связано съ матеріаломъ для разумѣнія, а этотъ матеріалъ доставляется здѣсь суду лишь путемъ процесса и при посредствѣ сторонъ.

Конечно, если существуютъ вообще права къ государству, можно говорить спеціально и о правѣ отдѣльнаго лица на оказаніе защиты права. Но тогда тотчасъ же возникаетъ

---

[1]) Ibid., 217.

[2]) Bülow, Klage und Urteil, 23.

[3]) Weismann, Lehrbuch d. deutschen Zivilprozessrechts, I, 1903, стр. 68.



вопросъ: какъ защита оказывается, какъ можно и должно ее оказывать? Такъ какъ право истца съ самаго начала неизвѣстно, то,—отвѣчаетъ Weismann,—въ порядкѣ процесса защита права можетъ и должна быть оказываема не иначе, какъ такимъ образомъ, что судъ, по правиламъ процессуальнаго устава, изслѣдуетъ дѣло и согласно изслѣдованію рѣшаетъ. Постановлять рѣшеніе, говорится нѣсколько ниже, судъ обязанъ лишь по выводамъ, добытымъ при производствѣ дѣла.

Если право на искъ не есть право на рѣшеніе опредѣленнаго, благопріятнаго для истца содержанія, чего же въ такомъ случаѣ требуетъ истецъ отъ государства, обращаясь къ нему съ искомъ?

Право на искъ, отвѣчаютъ на это сторонники *абстрактной* теоріи, прежде всего, *не* есть право на рѣшеніе *опредѣленнаго* по отношенію къ данному конкретному случаю содержанія. Поскольку эта теорія отвергаетъ конкретное право на искъ, она и можетъ быть названа, въ противоположность конкретной теоріи, теоріею абстрактною. Творцемъ ея является проф. Heinrich Degenkolb [1]).

Свое ученіе о правѣ на искъ опубликовалъ Degenkolb уже въ 1877 году [2]). Въ концѣ 1905 года выступилъ онъ съ разборомъ громадной литературы, появившейся послѣ выхода въ свѣтъ его перваго труда, и, отвергнувъ иныя теоріи, главнымъ образомъ, конкретную, настаиваетъ на своемъ прежнемъ ученіи о правѣ на искъ—какъ о правѣ, по его выраженію, „чисто процессуальномъ“ (das reinprozessuale Klagrecht) [3]).

По взгляду Дегенкольба, право на искъ,—поскольку оно

---

[1]) Въ недавно вышедшей книгѣ своей „Beiträge zum Zivilprozess“, Leipzig,—1905, проф. Degenkolb оспариваетъ приписываемую ему „die Ehre der Vaterschaft“ (ibid., стр. 44). Тѣмъ не менѣе, принятое Дегенкольбомъ направленіе въ ученіи о правѣ на искъ характерно именно отрицаніемъ той черты конкретной теоріи, за которую и самъ же Дегенкольбъ называетъ ее этимъ именемъ (l. c. 44) и отсутствіе которой въ его ученіи даетъ основаніе говорить о Дегенкольбѣ, какъ сторонникѣ и создателѣ теоріи абстрактнаго права на искъ.

[2]) Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klage, insbesondere der Anerkennungsklagen, 1877.

[3]) Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, 1905.



есть право къ государству,—направляется на то, чтобы вообще было постановлено судебное рѣшеніе [1]). Въ новѣйшей своей работѣ Degenkolb съ особою настойчивостью квалифицируетъ право на искъ, какъ возникающее черезъ предъявленіе иска и путемъ процесса развивающееся и въ самомъ рѣшеніи заканчивающееся право на слушаніе дѣла (Recht auf rechtliches Gehör) и, соотвѣтственно этому, говоритъ о правовой власти путемъ предъявленія иска полагать основаніе дѣйствительному праву на слушаніе дѣла [2]).

„Право на искъ, въ этомъ смыслѣ понимаемое, поясняетъ Degenkolb [3]), не даетъ истцу какъ разъ того, чего онъ именно требуетъ въ искѣ, не даетъ вѣрнаго права на рѣшеніе и, наконецъ, не даетъ права на рѣшеніе опредѣленнаго содержанія. Рѣшеніе можетъ дать истцу то, чего ему, по матеріальному праву, не причиталось и повести къ непризнанію того, что ему по матеріальному праву принадлежало; на это указываетъ фигура рѣшенія по существу, отказывающаго въ искѣ: исковому требованію оно не соотвѣтствуетъ.

Право на искъ, по объясненію Degenkolb'a, не можетъ быть правомъ на благопріятное для истца судебное рѣшеніе и по той причинѣ, что процессуально-правовой результатъ иска всегда стоитъ въ противорѣчіи съ формулировкою искового требованія, что искъ направляется къ объективной, имманентной цѣли, а она отнюдь не совпадаетъ съ намѣреніями истца. Это разногласіе между тѣмъ, что требуется, и тѣмъ, что дается, объясняетъ онъ такъ.

Истецъ въ своемъ искѣ исходитъ и долженъ исходить изъ сознанія своего права. Онъ не можетъ требовать рѣшенія о правѣ, которое онъ самъ называлъ бы сомнительнымъ. Не только исковое требованіе должно быть опредѣленнымъ, но должны быть опредѣленными и лежащія въ основаніи его заявленія. Поэтому, именно изъ самаго иска вытекаетъ логическая консеквенція и *требуется непосредственно рѣшеніе опредѣленнаго содержанія*.

---

[1]) Einlassungszwang und Urteilsnorm, 32.
[2]) Beiträge z. Zivilprozess, стр. 46—47.
[3]) Ibid., 69.

Такое содержаніе требованій истца не можетъ, однако, какъ справедливо полагаетъ Degenkolb, дать содержанія и праву на искъ; это противорѣчило бы тому, къ чему, по самому существу своему, обязанъ судъ. То, что есть тезисъ въ искѣ, говоритъ Degenkolb, для суда есть лишь гипотеза. Истецъ думаетъ только о самомъ себѣ. Судъ же заботится не только объ истцѣ и не только о немъ долженъ заботиться. Изъ требованія истца о рѣшеніи указаннаго имъ напередъ содержанія возникаетъ для суда совершенно иная задача. Судъ долженъ разрѣшить споръ между сторонами по результатамъ допускаемаго имъ, по обязанности, слушанія дѣла. Иначе говоря, для суда возникаетъ обязанность разрѣшить вопросъ, который какъ вопросъ ставится не стороною, но самимъ же судомъ сообразно даннымъ, представленнымъ сторонами. Этотъ вопросъ выходитъ за предѣлы предъявленной истцомъ просьбы по существу. Коль скоро судъ доходитъ вообще до рѣшенія по существу, онъ долженъ постановить рѣшеніе не только о томъ, уважить ли требованіе истца или отклонить, но существуетъ ли, или нѣтъ, введенное въ процессъ правоотношеніе сторонъ. Даже въ случаѣ благопріятнаго для истца рѣшенія по существу, это рѣшеніе не совпадаетъ прямо съ формулировкою искового требованія. Такъ обстоитъ дѣло относительно подтвержденія, вводимаго въ рѣшеніе. Если истецъ проситъ въ судебномъ рѣшеніи обязать отвѣтчика къ платежу одной тысячи, то, при удовлетвореніи истца, не просто отдается отвѣтчику приказъ произвести платежъ, но подтверждается соотвѣтственное требованіе истца. И, наоборотъ, не противорѣчило бы логикѣ процесса, если бы допустить, что, коль скоро идетъ дѣло о притязаніи, то, не смотря на то, что истецъ въ своемъ искѣ ограничивается требованіемъ подтвержденія, возникаетъ рѣшеніе, обладающее принудительною силою.

Такимъ образомъ, по ученію Дегенкольба, содержаніе права на искъ характеризуется двояко: во 1-хъ, путемъ отрицательнымъ—черезъ указаніе на невозможность конструировать право на искъ какъ право на *благопріятное для истца* судебное рѣшеніе; во 2-хъ путемъ положительнымъ—черезъ указаніе



на то, что право на искъ представляетъ собою правовую власть посредствомъ иска полагать основаніе праву на слушаніе дѣла.

Въ своей первой части теорія Дегенкольба нашла послѣдователей. Не признавая въ правѣ на искъ права на рѣшеніе точно опредѣленнаго заранѣе содержанія и примыкая, такимъ путемъ, къ теоріи абстрактнаго права на искъ, сторонники ея расходятся, засимъ, другъ съ другомъ въ опредѣленіи того, на что же именно направляется искъ и право на искъ.

Дегенкольбъ выдвинулъ здѣсь „слушаніе дѣла" (rechtliches Gehör). Едва ли, однако, правильно было бы къ нему присоединиться и давать праву на искъ такое содержаніе, которое не стоитъ въ связи ни съ тѣмъ, что дѣлаетъ для истца необходимымъ предъявить искъ, ни съ тѣмъ, каковы правовыя послѣдствія предъявленія иска. Если истцу необходимо содѣйствіе государства въ лицѣ суда для того, чтобы добиться ясности и опредѣленности въ сферѣ своихъ гражданскихъ правоотношеній, то и право обращенія къ государству за этимъ содѣйствіемъ, т. е. право на искъ, должно имѣть содержаніе, соотвѣтствующее необходимости, побуждающей обратиться къ такому средству, какъ искъ. Въ противномъ случаѣ предъявленіе иска и самый процессъ лишены были бы практическаго значенія: обращеніе къ нимъ было бы не цѣлесообразно. Едва ли, однако, „слушаніе дѣла", само по себѣ взятое, есть уже то, чего только и нужно истцу. Если „слушаніе дѣла" и должно имѣть мѣсто, то лишь потому, что, не обладая даромъ ясновидѣнія, судья вынужденъ проходить чрезъ стадію „слушанія дѣла" для того, чтобы быть въ состояніи исполнить свой долгъ передъ государствомъ и дать истцу именно то, чего добивается онъ, предъявляя искъ, и на что именно имѣетъ право, коль скоро имѣетъ право на искъ. „Слушаніе дѣла" есть не больше, какъ техническій пріемъ, признаваемый необходимымъ для того, чтобы правильнѣе привести къ цѣли. А этою цѣлью является судебное рѣшеніе. Указывая же только „слушаніе дѣла", Дегенкольбъ отмѣчаетъ признакъ случай-

наго свойства, оставляя вовсе безъ вниманія, что смыслъ иска въ цѣли иска: ея и не надо упускать изъ виду, говоря о правѣ на искъ. Въ этомъ отношеніи,—и только въ этомъ,— правильнѣе Дегенкольба поступаютъ сторонники ученія о конкретномъ правѣ на искъ. Правильность этого ученія, однако, и исчерпывается указаніемъ, что право на искъ есть право на судебное рѣшеніе. Но совершенно ошибочно говорить о рѣшеніи, содержаніе котораго представлялось бы заранѣе опредѣленнымъ для даннаго конкретнаго случая.

Право на искъ, по своему содержанію, должно быть опредѣлено какъ *право на судебное рѣшеніе*. Что же касается содержанія самаго рѣшенія, то это послѣднее должно быть основано, какъ указываетъ, напримѣръ, и нашъ уставъ гражданскаго судопроизводства (ст. 339), на данныхъ, представленныхъ сторонами и на доводахъ, изъясненныхъ при изустномъ состязаніи. Если же такова та обязанность, которую принимаетъ на себя государство и возлагаетъ на судъ, то нельзя и праву на искъ давать содержанія, которое стояло бы въ противорѣчіи съ соотвѣтственною обязанностью. Поэтому, право на искъ не можетъ быть конструируемо иначе, какъ *право на то рѣшеніе, которое, согласно закону, судъ обязанъ постановить*. Лишь на то можетъ претендовать лицо, имѣющее право на искъ, къ исполненію чего обязуется государство, создавая нормы отправленія правосудія въ странѣ. Права сторонъ и обязанности суда, правильно указываетъ проф. Oskar Bülow, направляются не на что иное и не на что большее, какъ на рѣшеніе подлежащаго разрѣшенію конкретнаго вопроса о правѣ *согласно нормамъ правосудія* (gerechte Entscheidung), точнѣе: на то, чтобы судъ, на основаніи указаннаго *процессуальнымъ правомъ* разбирательства и изслѣдованія обстоятельствъ дѣла, постановилъ о предложенномъ на разрѣшеніе гражданскомъ правѣ рѣшеніе, *согласное съ этимъ правомъ*. Каждая сторона, находитъ онъ, имѣетъ притязаніе къ суду на правильное рѣшеніе [1]).

---

[1]) Bülow даетъ, впрочемъ, неправильное субъективное неправильное праву на искъ. Какъ уже раньше указывалось, это право направляется не къ



Съ этой точки зрѣнія, и право на искъ не можетъ быть конструируемо иначе, какъ право на то рѣшеніе, которое, по законамъ страны, обязанъ постановить судъ. Разумѣется, предъявляя свой искъ, какъ это уже было отмѣчено, истецъ увѣренъ въ законности своего требованія; соотвѣтственно этому, онъ разсчитываетъ, что и судъ постановитъ благопріятное для него, истца, рѣшеніе. Въ массѣ случаевъ эти ожиданія могутъ и оправдаться. Но отъ основательности ожиданій до права еще далеко. Въ своихъ надеждахъ на благопріятный для себя исходъ дѣла, истецъ можетъ разсчитывать лишь на то, что повелѣваетъ законъ. Къ этому судъ обязанъ по долгу службы, на это только и имѣетъ право истецъ. Если онъ по условіямъ, въ законѣ указаннымъ, имѣетъ право на на искъ, онъ имѣетъ *право на то судебное рѣшеніе, которое, по законамъ даннаго государства, обязанъ постановить судъ.*

Въ такомъ смыслѣ представляетъ себѣ право на искъ проф. Canstein. Каждая сторона, говоритъ онъ, *желаетъ* благопріятнаго для себя рѣшенія и *надѣется* на это. Но *право* ея есть лишь право требовать отъ суда такого рѣшенія, которое соотвѣтствовало бы праву въ объективномъ смыслѣ, а также обстоятельствамъ и доказательствамъ конкретнаго случая, т. е. право на „sog. gerechtes Urteil“ [1]).

Не иначе, какъ примѣняя нормы объективнаго права къ обстоятельствамъ даннаго отдѣльнаго случая, обязанъ судъ рѣшить дѣло. Въ этой конкретизаціи права и заключается сущность дѣятельности суда; лишь путемъ нея судъ исполняетъ обязанность государства оказывать защиту права. Соотвѣтственнымъ образомъ, и право на искъ, какъ право на

суду, а къ государству. Если же судъ является обязаннымъ произвести разборъ дѣла и постановить правильное рѣшеніе, то нельзя говорить, чтобы, соотвѣтственно этой обязанности, было у истца право по отношенію къ суду. Этотъ послѣдній, по должности своей, по долгу службы, обязанъ, разрѣшая дѣло, рѣшать его правильно, т. е. согласно закону. Объ этомъ: Flechtheim. Die Struktur der negativen Feststellungsklage, въ Busch's Zeitschrift, томъ 25 (1898) стр. 414.

[1]) R. von Canstein. Das Zivilprozessrecht („Kompendium d. oesterreichischen Zivilprozessrechts“), Berlin, 1905, стр. 131; прим. 1; также: стр. 137, прим. 2.



защиту со стороны государства въ лицѣ суда, есть право на такое судебное рѣшеніе, которое представляло бы собою конкретизацію объективнаго права, было бы въ этомъ смыслѣ рѣшеніемъ правильнымъ. Только на такое *объективно-правильное рѣшеніе* и можетъ быть направлено право на искъ. Оно не можетъ быть правомъ на благопріятное для истца рѣшеніе: иначе бы это было право на субъективно-правильное рѣшеніе, т. е. правильное съ субъективной точки зрѣнія истца; иначе говоря, пришлось бы признать, что право на искъ можетъ быть и правомъ на объективно-неправильное рѣшеніе. Само собой разумѣется, говорить о такомъ правѣ было бы насмѣшкою надъ правосудіемъ [1]).

Право на искъ надлежитъ, поэтому, представлять не иначе, какъ *право на объективно-правильное судебное рѣшеніе.*

Но и этимъ опредѣленіемъ нельзя ограничиться. Необходимо подчеркнуть въ немъ ту сторону понятія права на искъ, которая обращена къ *правовымъ послѣдствіямъ* предъявленія иска и обладанія правомъ на искъ.

За разрѣшеніемъ спора о правѣ и устраненіемъ сомнѣній о наличности даннаго правоотношенія истецъ могъ бы обратиться и къ частному лицу, обладающему необходимыми спеціальными свѣдѣніями и пользующемуся въ глазахъ его должнымъ довѣріемъ. Осуществляя же право на искъ и обращаясь къ государству въ лицѣ суда, истецъ можетъ оказаться лицомъ къ лицу съ такимъ судьею, который, быть можетъ, обладаетъ въ меньшей мѣрѣ указанными качествами, чѣмъ кто либо другой, кто не является органомъ судебной власти государства. И между тѣмъ за защитою своего права идутъ не къ послѣднему, а къ первому. Очевидно, что искъ представляетъ собою иное значеніе, чѣмъ обращеніе къ частному судьѣ-посреднику. Это значеніе иска стоитъ въ зависимости

---

[1]) Частныя лица,—совершенно вѣрно замѣчаетъ Б. В. Поповъ (Распредѣленіе доказательствъ между сторонами въ гражданскомъ процессѣ, 1905 г., стр. 116),—имѣютъ право только на правильное судебное рѣшеніе... Ничего иного лицо и требовать отъ суда не смѣетъ, такъ какъ правъ на неправильное судебное рѣшеніе,—всякій согласится съ этимъ,—нѣтъ.



отъ того, что, какъ уже было отмѣчено, рѣшеніе, постановляемое судомъ какъ органомъ государственной власти, обладаетъ особою правовою силою. Поэтому и право на искъ какъ право, къ государству обращаемое, есть *право на судебное рѣшеніе, квалифицированное по своимъ правовымъ послѣдствіямъ.* Эту сторону вопроса, сомнѣній никогда, впрочемъ, не вызывавшую, выдвинули въ недавнее время и почти одновременно германскій ученый проф. Weismann и итальянскій проф. Ciuseppe Chiovenda. Право на искъ проф. Weissmann [1]) конструируетъ какъ право требовать *присужденія* отвѣтчика (искъ о присужденіи) либо *связующаго отвѣтчика подтвержденія* (искъ о признаніи). Такія выраженія, какъ „присужденіе“ и „подтвержденіе“, употребляетъ Weismann, по его объясненію, краткости ради, имѣя въ виду, собственно говоря, обозначить этимъ *эффекты* благопріятнаго для истца рѣшенія—принудительную исполнимость притязаній на исполненіе, матеріальную законную силу—для подтверждаемаго правоотношенія. Съ этой точки зрѣнія право на искъ онъ и опредѣляетъ какъ право добиться *правовыхъ послѣдствій,* связывающихся съ благопріятнымъ для истца рѣшеніемъ, видя въ правѣ на искъ такое право, которое, по выраженію Zitelmann'а, „eine Macht über eine gewisse Rechtswirkung gewährt“.

Коль скоро судебное рѣшеніе представляетъ значеніе именно своими правовыми послѣдствіями, то судъ своими средствами служитъ тѣмъ-же интересамъ защиты права, что и органъ принудительнаго исполненія. Какъ этотъ послѣдній мѣрами принудительнаго исполненія, такъ и судъ,—говоритъ Weismann [2]), своими рѣшеніями помогаетъ истцу въ достиженіи результатовъ, благопріятныхъ для его частно-правовой позиціи. Соотвѣтственно этому, и право на искъ представляетъ собою право на такое рѣшеніе суда, которое могло бы служить интересамъ защиты частно-правовой позиціи истца. Этимъ интересамъ рѣшеніе можетъ служить, конечно, лишь при томъ условіи, чтобы оно обладало силою воздѣй-

---

[1]) Weismann. Lehrbuch d. deutsch. Zivilprozessrechts, 1903, стр. 67.

[2]) Lehrbuch, I, стр. 67—68.



ствія на того, кто уже далъ поводъ обратиться къ помощи власти; иначе говоря, только на такое рѣшеніе можетъ быть направленъ искъ, которое обладаетъ связующею силою по отношенію къ отвѣтчику.

На это правовое послѣдствіе судебнаго рѣшенія обратилъ вниманіе также и Chiovenda. Право на искъ, по опредѣленію послѣдняго, заключается въ возможности вызывать по отношенію къ противной сторонѣ юридическій эффектъ примѣненія закона [1]). Но въ своихъ правовыхъ эффектахъ судебное рѣшеніе не ограничивается воздѣйствіемъ на отвѣтчика. Это лишь одно изъ тѣхъ правовыхъ послѣдствій, которыя дѣлаютъ предъявленіе иска мѣрою цѣлесообразною и придаютъ праву на искъ значеніе права требовать не только отвѣта на вопросъ о правѣ, но, при томъ, именно въ видѣ рѣшенія, исходящаго чрезъ посредство суда отъ самой государственной власти. Это рѣшеніе не только оказываетъ связующее вліяніе на отвѣтчика, но, представляя выраженіе правовой воли государства, дѣлаетъ неподлежащею оспариванію эту волю въ примѣненіи къ данному конкретному случаю [2]).

Это правовое значеніе судебнаго рѣшенія надо ввести и въ опредѣленіе понятія „право на искъ“. Если право на искъ есть право на рѣшеніе суда какъ органа власти государства, то, въ силу этого, право на искъ есть право на такое рѣшеніе, которое обладаетъ силою выраженія правовой воли государства.

Такимъ образомъ, по своему содержанію, право на искъ есть право требовать отъ государства въ лицѣ суда объективно-правильнаго рѣшенія, обладающаго установленною закономъ правовою силою.

---

[1]) Chiovenda, Saggi di diritto prozessuale, стр. 71.

[2]) Совершенно правильно, поэтому, поступилъ проф. Кіовенда, опредѣливъ право на искъ какъ „il potere giuridico di rendere incondizionata la volantà della legge rispetto alla sua attuazione“ (Chiovenda, Saggi di diritto prozessuale, стр. 31—33).—Право на искъ есть не что иное, какъ право *сдѣлать безусловною* волю закона при его примѣненіи.



III.

Государство, удовлетворяя право на искъ, оказываетъ истцу судебную защиту по отношенію къ другому частному лицу, интересы котораго сталкиваются съ интересами истца. Удовлетворяя право на искъ, государство выступаетъ въ защиту интересовъ истца противъ этого лица и тѣмъ самымъ затрогиваетъ и его интересы.

Не значитъ—ли это, что въ правѣ на искъ заключается не только право по отношенію къ государству, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, или, быть можетъ, исключительно право по отношенію къ тому частному лицу, которое является для истца противною стороною?

Проф. Wach, столь категорически высказавшійся о правѣ на искъ какъ правѣ къ государству, находитъ, что право это относится и къ противной сторонѣ. Притязаніе на судебную защиту, однимъ изъ видовъ котораго является право на искъ, есть, по ученію Ваха, притязаніе къ государству, которое должно оказать защиту, и въ то же время направляется къ противной сторонѣ, въ отношеніи къ которой защита должна быть оказана [1]). По отношенію къ противной сторонѣ это есть притязаніе претерпѣвать дѣйствіе по защитѣ права („die Rechtsschutzhandlung zu dulden") [2]).

Что субъективнаго права на защиту не можетъ быть безотносительно къ тому, противъ кого ищутъ защиты, видитъ Wach въ самомъ понятіи и цѣли, а также въ условіяхъ, основаніяхъ возникновенія, въ отдѣльныхъ формахъ проявленія дѣйствія по защитѣ права [3]).

Взглядъ Wach'a въ настоящую пору не находитъ, однако, послѣдователей. Не только не оказывается новыхъ, но и прежніе отказываются отъ него. Такъ недавно поступилъ проф. Friedrich Stein. Въ своей новѣйшей работѣ [4]) онъ

---

[1]) Wach, Feststellungsanspruch. 15.

[2]) Wach, Handbuch, 1, 19; также: 39, 186 пр. 4; Feststellungsanspruch, 27, 31—32.

[3]) Wach, Feststellungsanspruch, 31.

[4]) Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, 1903, стр. 3.

прямо заявляетъ о своемъ разногласіи съ Wach'омъ по вопросу объ отношеніи права на искъ къ противной сторонѣ и, такимъ образомъ, отступаетъ отъ прежняго своего мнѣнія.

Цѣлая масса сторонниковъ теоріи публичнаго права на искъ, не раздѣляя взгляда Ваха, высказывается противъ включенія въ понятіе права на искъ, какъ права, направляющагося къ государству, также и права къ противной сторонѣ.

Искъ,—говоритъ, напримѣръ, проф. Laband,—по крайней мѣрѣ, по современному праву, направляется не къ отвѣтчику, съ претензіею, чтобы онъ исполнилъ что-либо, но къ государству съ требованіемъ, чтобы оно оказало истцу защиту права. Вообще, истецъ вовсе не имѣетъ правового притязанія къ отвѣтчику, чтобы онъ вступилъ съ нимъ въ процессъ. По отношенію къ отвѣтчику истецъ имѣетъ лишь претензію, вытекающую изъ гражданско-правового отношенія. Что-же касается до обязанности отвѣтчика вступить въ процессъ,—въ существованіи каковой Laband, однако, сомнѣвается,—то о ней можно было-бы, полагаетъ онъ, говорить лишь по отношенію къ государству, но не по отношенію къ истцу. Нѣтъ надобности, по его мнѣнію, въ обязанности отвѣтчика вступать въ процессъ для того, чтобы подвести его подъ государственную юрисдикцію. Эта послѣдняя, являясь тождественною съ государственною властью, охватываетъ лицъ, государству подвластныхъ, помимо ихъ воли и безъ всякаго съ ихъ стороны содѣйствія. Вступленіе отвѣтчика въ процессъ представляетъ Laband не какъ обязанность подчиняться государственной власти, но какъ правовое состояніе подчиненія государственной власти [1]).

Такимъ образомъ, по ученію Laband'a, право на искъ не есть публичное право по отношенію къ отвѣтчику. Поскольку идетъ рѣчь о вступленіи отвѣтчика въ процессъ, такое вступленіе должно послѣдовать въ силу одного того, что данное лицо подчинено власти даннаго государства. Если есть у истца право на искъ, т. е. право къ государству, это по-

[1]) Laband, Das Staatsrecht, III (1901), стр. 351.



слѣднее уже отъ себя привлечетъ къ участію въ процессѣ того, кто является по отношенію къ истцу противною стороною. Непосредственно же у истца къ противнику нѣтъ отношенія публично-правового, но лишь та претензія, которая вытекаетъ изъ гражданско-правового отношенія.

Если бы право на искъ было правомъ и по отношенію къ отвѣтчику, этотъ послѣдній долженъ бы былъ, конечно, быть въ состояніи и удовлетворить обращаемое къ нему притязаніе. Между тѣмъ, все, чего требуетъ истецъ, имѣя право на искъ, можетъ быть исполнено лишь тѣмъ органомъ государственной власти, который, по правиламъ о вѣдомствѣ и подсудности, является компетентнымъ къ разсмотрѣнію даннаго иска. Что же касается отвѣтчика, то онъ, доставивъ истцу удовлетвореніе его матеріально-правовой претензіи, можетъ лишь устранить необходимость въ искѣ, обусловливающую собою право на искъ [1]). Но удовлетворить истца въ его правѣ на искъ отвѣтчикъ никоимъ образомъ не можетъ, ибо право на искъ есть право требовать судебнаго разрѣшенія, которое должно послѣдовать со стороны подлежащаго государственнаго органа [2]).

Съ этой точки зрѣнія право на искъ не можетъ быть конструируемо какъ право, направляемое къ отвѣтчику. Такое право лишено было бы всякаго содержанія: то, чего нужно истцу, отвѣтчикъ не можетъ доставить, ибо для истца необходимы дѣйствія не отвѣтчика, а государственнаго органа; съ другой стороны, все, что можетъ сдѣлать отвѣтчикъ въ

---

[1]) Притязаніе къ государству на защиту права можетъ отвѣтчикъ сдѣлать лишь безпредметнымъ, устранивъ интересъ къ защитѣ права: Langheineken, Urteilsanspruch, 44.

[2]) Такое отношеніе истца къ отвѣтчику отмѣчаетъ Hellwig, Anspruch und Klagrecht, стр. 148, ad прим. 10—11; Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 148, прим. 19. Также: Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch въ Jherings Iahrbücher, томъ 31 (1891), стр. 103. Право на искъ, по взгляду Hellmann'а, не есть вообще такое право, которое существовало бы противъ другого субъекта въ смыслѣ власти принужденія противъ третьяго лица. У лица, имѣющаго право на искъ, объясняетъ онъ, отсутствуетъ всякое средство принужденія. Нѣтъ его у него по отношенію къ противной сторонѣ, ибо эта сторона не можетъ вообще доставить ему желательнаго для него рѣшенія.



виду наличности у истца права на искъ, это—вступить въ дѣло и представить отвѣтъ на искъ; но это, какъ объяснилъ проф. Laband, можетъ быть конструируемо не иначе, какъ исполненіе обязанности передъ государствомъ, если вообще разумѣется, существуетъ такого рода обязанность отвѣтчика. Проф. Wach говоритъ, впрочемъ, не объ обязанности активнаго свойства, но чисто пассивнаго: отвѣтчикъ представляется, по его ученію, обязаннымъ претерпѣвать тѣ дѣйствія государственной власти, которыхъ добивается истецъ.

Внѣ сомнѣнія, когда истецъ осуществляетъ свое право на искъ, отвѣтчику приходится претерпѣвать послѣдствія наличности такого права у истца. Но и это является не чѣмъ инымъ, какъ слѣдствіемъ того же самаго подчиненія государственной власти, но не оборотною стороною процессуальнаго права истца къ противнику, которое принадлежало бы первому наряду съ матеріальнымъ правомъ и было бы правомъ „auf Duldung der Handlung der staatlichen Organe“ [1]).

Но не говоритъ ли противъ господствующаго воззрѣнія то обстоятельство, что при предъявленіи иска существеннымъ моментомъ является обозначеніе отвѣтчика? Не указываетъ ли это на то, что, предъявляя искъ, истецъ осуществляетъ право на искъ именно въ смыслѣ права привлечь опредѣленное лицо къ отвѣту на его искъ?

Внѣ сомнѣнія, требованіе обозначенія опредѣленнаго отвѣтчика заключаетъ въ себѣ указаніе на существенное значеніе наличности его для права на искъ. Если нѣтъ лица, которое могло бы быть противною стороною по данному дѣлу,

---

[1]) Такъ: Hellwig, Anspruch und Klagerecht, стр. 149, ad прим. 14; Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, стр. 148—149, ad прим. 20—23. Конечно, противникъ долженъ претерпѣвать дѣйствіе по защитѣ права, — говоритъ Eisele (Iherings Jahrbücher, томъ 31, стр. 396—397),—но представляется чѣмъ-то прямо излишнимъ видѣть въ этомъ исполненіе принадлежащаго другой сторонѣ публично-правового притязанія. Противникъ повиненъ претерпѣвать примѣненіе средствъ защиты права, оказываемыхъ государствомъ, въ силу своего подчиненія власти государства, in specie власти суда, и если бы онъ сталъ фактически возставать противъ этого, то никому бы не пришло и въ голову говорить о нарушеніи принадлежащаго противной сторонѣ притязанія на защиту права, но просто данное лицо подверглось бы наказанію за сопротивленіе государственной власти.



значитъ нѣтъ того, отъ кого надо было бы суду оградить истца, нѣтъ того, противъ кого направлялось бы то судебное дѣйствіе, котораго добивается истецъ. А при такихъ обстоятельствахъ не было бы, слѣдовательно, и необходимости обращаться къ суду съ просьбой о защитѣ права, не было бы, вслѣдствіе этого, и условія для возникновенія права на искъ.

Коль скоро есть лицо, которое можетъ быть указано истцомъ въ качествѣ отвѣтчика, это значитъ, что въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній требуется произвести размежеваніе владѣній истца и владѣній отвѣтчика, рѣшить возникшее сомнѣніе о существованіи у истца гражданскаго матеріальнаго права требовать извѣстныхъ дѣйствій отъ отвѣтчика, либо о наличности или отсутствіи между истцомъ и отвѣтчикомъ той юридической связи, которая служила бы источникомъ для матеріально-правовыхъ притязаній истца къ отвѣтчику или наоборотъ.

Имѣя въ виду это соотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ, тотъ случай, когда истецъ имѣетъ матеріально-правовое притязаніе къ отвѣтчику, говорятъ о правѣ на искъ въ смыслѣ частно-правовомъ, противополагая ему понятіе права на искъ въ смыслѣ публичномъ, процессуальномъ.

Предъявляя искъ,—говорятъ,—мы, въ дѣйствительности обращаемся какъ къ государству, такъ и къ противной сторонѣ. Соотвѣтственно этому, въ правѣ на искъ надо видѣть двѣ стороны: какъ публично-правовую, такъ и частно-правовую. Съ точки зрѣнія первой стороны право на искъ представляютъ какъ право, направляющееся къ государству въ лицѣ суда для того, чтобы добиться того, что въ данномъ случаѣ, по долгу службы, обязанъ сдѣлать судья. Но, наряду съ этимъ,—указываютъ,—право на искъ, своею частно-правовою стороною, направляется къ отвѣтчику и заключается въ томъ, чтобы добиться отъ отвѣтчика извѣстнаго дѣйствія или воздержанія отъ дѣйствія [1]).

---

[1]) Въ такомъ видѣ представляетъ дѣло проф. Canstein и въ новѣйшемъ своемъ трудѣ „Das Zivilprozessrecht", 1905. Наряду съ притязаніемъ на защиту права, направляющимся противъ суда (Rechtsschutzanspruch), существуетъ, по



Но, справедливо замѣчаетъ Hellwig [1]), такая терминологія ведетъ лишь къ неминуемой путаницѣ. Правомъ на искъ, при такомъ способѣ выраженія, окажутся понятія совершенно не тождественныя: и публичное право требовать судебной защиты отъ государства, и частно-правовое притязаніе истца къ отвѣтчику, при томъ, по одной лишь категоріи исковъ— по искамъ о присужденіи. Остальные виды ихъ, въ томъ числѣ, и иски о подтвержденіи правоотношенія, при такой конструкціи, получаютъ значеніе аномаліи, терпимой лишь по соображеніямъ цѣлесообразности.

Наличность отвѣтчика и необходимость его обозначенія при предъявленіи иска указываетъ на наличность частноправового условія возникновенія права истца обратиться къ государству за разрѣшеніемъ даннаго вопроса о правѣ и за защитою такимъ путемъ позиціи въ области гражданскаго права. Поэтому, предъявляя искъ, истецъ обращается только къ государству. Указывая же ему на того, по отношеніи къ кому ищетъ онъ защиты, истецъ обозначаетъ то направленіе, въ которомъ онъ ожидаетъ огражденія со стороны государства.

Такое положеніе противной стороны по отношенію къ лицу, предъявляющему право на искъ, не даетъ еще основанія говорить, чтобы право это направлялось къ противной сторонѣ. Впрочемъ, даже тѣ, кто прибѣгаетъ къ такому построенію, въ концѣ концовъ, оказывается, представляютъ дѣло въ томъ же видѣ, какъ и кажущіеся противники.

Такъ, проф. Кіовенда (Chiovenda) опредѣляетъ право на искъ какъ право къ противной сторонѣ [2]). Но нѣсколько ниже онъ объясняетъ, что имѣетъ въ виду направленіе не противъ отвѣтчика (*contro* l'avversario), но *по отношенію* къ

его ученію, въ качествѣ неотдѣлимой части, притязаніе частно-правовое (Privatrechtsanspruch)—право требовать отъ другого лица дѣйствія или воздержанія отъ дѣйствія (ibid., стр. 130). Также, напр., Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888, стр. 230—231; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 1900, 534, прим. 5).

[1]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, ст. 149, ad прим. 24.

[2]) Ginseppe Chiovenda, Saggi di diritto prozessuale, стр. 71.



нему (un potere *di fronte* all'avversario); на отвѣтчикѣ не лежитъ никакой процессуальной обязанности, которая соотвѣтствовала бы праву на искъ; по отношенію къ этому праву отвѣтчикъ не представляется обязаннымъ. Право же на искъ и проф. Кіовенда представляетъ какъ право къ государству въ лицѣ его органовъ. Право на искъ онъ понимаетъ какъ право, заключающееся въ возможности вызвать по отношенію къ противной сторонѣ юридическій эффектъ примѣненія закона [1]). Но, засимъ, нѣсколько ниже онъ говоритъ: такъ какъ примѣненіе закона происходитъ при посредствѣ публичныхъ органовъ, для которыхъ искъ является основаніемъ обязанности, то право на искъ можно опредѣлить какъ „il diritto di constituire il dovere *degli organi publici* d'agire" [2]).

Противъ отвѣтчика направляется искъ и право на искъ также и по новѣйшему ученію проф. Weismann'a [3]). Въ этомъ случаѣ, по его объясненію, дѣло обстоитъ такъ же, какъ и при принудительномъ исполненіи. Если, напримѣръ,—говоритъ онъ,—судебный приставъ отбираетъ деньги у должника, чтобы вручить ихъ кредитору, кардинальный вопросъ не въ томъ, обязанъ ли приставъ отнять деньги, но въ томъ, имѣетъ ли кредиторъ право взять черезъ пристава деньги у должника?

Право на искъ, по взгляду Weismann'a, есть право истца *къ отвѣтчику* на проведеніе правовыхъ послѣдствій судебнаго рѣшенія, т.е. право къ отвѣтчику на присужденіе и подтвержденіе [4]). Тѣмъ не менѣе, самъ же Weismann возстаетъ противъ того, чтобы ему приписывали [5]) взглядъ, что искъ направляется противъ отвѣтчика. Въ такомъ пониманіи, говоритъ онъ, видно смѣшеніе того, чего требуетъ искъ (рѣшенія), и

---

[1]) Ibid., стр. 71.

[2]) Ibid. стр. 73.

[3]) Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, I, 1903, стр. 69. Иначе: Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft, 1884, §§ 12 и 20.

[4]) Ibid., 69. Право на искъ представляетъ Weismann какъ „die Befugniss, die Verurteilung des Beklagten, die den Beklagten bindende Feststelung zu erwirken" (ibid., 67, ad прим. 4).

[5]) Такъ: Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, стр. 45, прим. 9.



тѣхъ послѣдствій, которыя съ рѣшеніемъ связаны [1]). Искъ, объясняетъ онъ въ другомъ мѣстѣ [2]), есть актъ, посредствомъ котораго кто-либо („истецъ") для защиты частноправового интереса требуетъ рѣшенія суда; постольку искъ направляется *къ суду* (an das Gericht). Но рѣшеніе, котораго требуетъ истецъ, должно обнаруживать свои послѣдствія противъ отвѣтчика: этотъ послѣдній долженъ быть связанъ матеріальною законною силою рѣшенія; онъ долженъ, на основаніи рѣшенія, претерпѣвать принудительное исполненіе; постольку искъ направляется *противъ отвѣтчика* (gegen den Beklagten).

Если государство привлекаетъ къ дѣлу противника, это дѣйствіе, важное для интересовъ правосудія и справедливаго огражденія интересовъ противной стороны, отнюдь не является результатомъ какихъ-либо публичныхъ правъ истца къ своему противнику или публично-правовыхъ обязанностей этого послѣдняго къ первому. Отвѣтчикъ не является обязаннымъ передъ истцемъ; право на искъ лишь посредствующимъ образомъ задѣваетъ отвѣтчика лишь по стольку, по скольку на него направляется требуемое истцемъ принужденіе со стороны суда. Поэтому, правильно объясняетъ Plank, представляется не точнымъ и сокращеннымъ такое выраженіе, какъ, напр., „отвѣтчикъ подлежитъ отвѣту передъ истцемъ" [3]).

Такого же воззрѣнія на отношеніе истца къ отвѣтчику придерживается цѣлая масса изслѣдователей вопроса о правѣ на искъ. Они отвергаютъ, чтобы право на искъ заключало въ себѣ не одно лишь право къ государству, но и право истца требовать отъ отвѣтчика участія въ процессѣ по данному иску [4]).

---

[1]) Weismann, Lehrbuch, II (1905), стр. 12, прим. 14.

[2]) Lehrbuch, I, стр. 5.

[3]) Julius Wilhelm Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, II, (1891), стр. 3.

[4]) Кромѣ уже названныхъ лицъ, еще, напр.: Langheineken, Der Urteilsanspruch, 42 сл., 50; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, 119 пр. I; Seuffert, Recht, Klage, Zwangsvollstreckung въ Grünhut's Zeitschrift, томъ 12, (1885), стр. 627; Hellmann въ Jherings Jahrbücher, томъ



Взгляды сходятся въ выводѣ, что отвѣтчикъ не является обязаннымъ передъ тѣмъ, кто имѣетъ право на искъ [1]). Но, засимъ, по вопросу о томъ, каково положеніе отвѣтчика въ процессѣ гражданскомъ по отношенію къ государству, взгляды расходятся.

Одни высказываются такъ. Отвѣтчикъ, какъ и истецъ, имѣетъ притязаніе къ государству на защиту права (Rechtsschutzanspruch), а именно притязаніе объ отказѣ истцу въ томъ дѣйствіи по защитѣ права, котораго онъ неосновательно добивается. Но, съ другой стороны, какъ коррелатъ этого притязанія, на отвѣтчикѣ лежитъ и обязанность передъ государствомъ претерпѣвать тѣ мѣры по защитѣ права, которыя принимаетъ государство въ лицѣ своихъ органовъ, удовлетворяя истца въ его правѣ на искъ [2]).

Другіе представляютъ отвѣтчика управомоченнымъ, но точно такъ же, какъ и истца, управомоченнымъ преклюзивно [3]).

---

[1]) Въ тоже время, однако, признаютъ, что это право есть „rechtliche Macht dem Gegner einen Prozess aufzudrängen, in einen Prozess zu verstricken“ (Oskar Bülow въ Busch's Zeitschrift, томъ 27, стр. 241).

[2]) Langheineken, Der Urteilsanspruch, стр. 24, 71 сл. Здѣсь указана и предшествующая литература. Въ новѣйшее время въ такомъ же смыслѣ: Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozess, 1905, 56 сл.; Pagenstecher, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten въ Archiv für die civil. Praxis, томъ 97 (1905), стр. 17 сл.; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, 1905, стр. 48, прим. 16. Съ этой точки зрѣнія, право на искъ представляютъ какъ право одного лица вызывать на судъ другую сторону для того, чтобы при ея содѣйствіи сдѣлать гражданское право предметомъ судебнаго разбора и рѣшенія, или, иначе, право требовать, для указанной цѣли, явки вызванной стороны къ суду (Rocholl, Die Feststellungsklage въ Busch's Zeitschrift, томъ 8, стр. 340). In dem Klagrecht говоритъ Degenkolb, ist der Einlassungszwang stets und nothwending mitenthalten; понятіе же „Klagrecht“ опредѣляетъ онъ какъ „die Anwartschaft auf Einlassungszwang gegen den Verklagten“ (Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, стр. 4, 5, 15).

[3]) Такъ: Bülow, Civilprozess. Fiktionen, въ Archiv f. d. civil. Praxis, томъ 62, стр. 14 сл.; Гольмстенъ, Учебникъ русск. гражд. судопроизводства, 1899, стр. 121, 141; Dernburg, Pandekten, I (1894), 372; Laband, Das Staatsrecht, III (1901), 351; Rich. Schmidt, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozessrechts, 1898, стр. 330.

Право на искъ, такимъ образомъ, не есть право къ противной сторонѣ, но публичное право къ государству на обладающее законною силою судебное рѣшеніе.

Кто имѣетъ право на искъ, имѣетъ право требованія, обращаемое къ государству и удовлетворяемое извѣстнымъ дѣйствіемъ, исходящимъ отъ суда, выполняющаго обязанность, принятую на себя государствомъ черезъ установленіе даннаго права на искъ.

Судебное рѣшеніе, составляющее дѣйствіе по удовлетворенію права на искъ, касается правовой позиціи какъ того, отъ кого исходитъ требованіе, такъ и того, отъ кого требуется оградить ее. Подавая свое исковое прошеніе, истецъ обращается только къ государству въ лицѣ суда, но вовсе не предъявляетъ къ отвѣтчику требованія, чтобы онъ что-либо исполнилъ.

По отношенію къ отвѣтчику истецъ вовсе не осуществляетъ права требовать, чтобы онъ вступилъ съ нимъ въ процессъ. Иначе отвѣтчикъ представлялся бы обязаннымъ къ такому вступленію. Если бы, однако, существовала вообще подобнаго рода обязанность, о ней можно было бы говорить лишь по отношенію къ государству, но никакъ не по отношенію къ истцу. Но государство, по отношенію и къ истцу, и къ отвѣтчику, занимаетъ позицію нейтральную. Выслушивая одного, оно, въ лицѣ суда, готово выслушать и другого, предоставляя этому другому такое же *право* обращенія къ себѣ за защитою своихъ частно-правовыхъ интересовъ, какъ и первому, но вовсе не обязывая къ этому.

Влад. Гордонъ.

---

31 (1891), 103, 104; Eisele въ Jherings Jahrbücher, томъ 31, стр. 396; Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts въ Grünhut's Zeitschrift, томъ 4 (1877), стр. 465 слѣд.



СУЕВѢРІЕ И УГОЛОВНОЕ ПРАВО [1]).

IV.

7. Изъ практики русскихъ судовъ съ XVI по XVIII вѣкъ.

Покончивъ съ исторіей законодательства по интересующему насъ вопросу, мы можемъ перейти къ изложенію процессовъ о колдовствѣ и иныхъ суевѣріяхъ, которые дошли до нашихъ дней. Настоящая глава будетъ служить дополненіемъ и поясненіемъ предыдущей. Повидимому далеко не всѣ законы о колдовствѣ сохранились съ надлежащею полностью, поэтому мы можемъ извлечь изъ приговоровъ старыхъ русскихъ судовъ рядъ тезисовъ, служащихъ дополненіемъ изложенныхъ нами законоположеній по уголовному праву и процессу. Затѣмъ, изложеніе дѣлъ, говорящихъ о людяхъ, о ихъ борьбѣ и страданіяхъ, можетъ оживить и пояснить сухой текстъ закона, изданнаго нѣсколько вѣковъ тому назадъ, и развернуть предъ нами картину жизни и быта нашихъ предковъ. Для удобства изложенія мы разбили собранные факты на отдѣльныя группы сообразно тѣмъ видамъ суевѣрія, которые послужили основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія.

а) Чары во вредъ людямъ.

Изъ исторіи Россіи въ Кіевскій и Новогородскій періодъ у насъ сохранилось весьма мало фактовъ. По словамъ знаменитаго историка русской церкви, митрополита Макарія [2]) въ XIII, XIV и XV вѣкахъ многіе вѣрили въ силу

---

[1]) Начало см. Вѣстникъ Права, 1906 г., кн. 1.

[2]) Исторія Русской церкви, т. III, стр. 259.

волхвовъ и волшебницъ, въ ихъ заклинанія, ворожбу, нашептываніе, узлы, зелія и т. п., но большинство народа относилось къ колдунамъ непріязненно, считая, что они наводятъ голодъ и моръ. Поэтому во времена народныхъ бѣдствій бывали случаи сожженія лицъ, подозрѣваемыхъ въ колдовствѣ. Недаромъ епископъ Владимірскій Серапіонъ (XIII вѣка) въ своихъ посланіяхъ возставалъ противъ подобныхъ произвольныхъ и жестокихъ наказаній. Часты-ли бывали казни колдуновъ, сказать трудно, ибо въ лѣтописяхъ упоминаются только два факта: въ 1227 г. въ Новгородѣ граждане сожгли 4-хъ волхвовъ и въ 1411 г. во Псковѣ во время черной смерти—12 вѣщихъ женокъ. Эти два факта упоминаются въ цѣломъ рядѣ спеціальныхъ сочиненій [1]), но другихъ данныхъ нами ни въ одномъ историческомъ трудѣ не было найдено. Отсюда мы въ правѣ заключить, что иныхъ фактовъ и не сохранилось. Къ тому же, это не казни по судебнымъ приговорамъ, а убійства, совершенныя толпой. Подобныя преступленія встрѣчаются и въ наши дни, когда народъ, озлобленный мнимыми поступками колдуна, убиваетъ его въ глухомъ углу деревни. Недаромъ Афанасьевъ высказываетъ предположеніе, что сожженіе 12-ти вѣщихъ женокъ во Псковѣ было совершено не гражданами города, а вольницей. Къ этимъ двумъ фактамъ можно прибавить третій. Въ XIV вѣкѣ на берегахъ Вожи былъ схваченъ попъ, пробиравшійся изъ орды съ мѣшкомъ „злыхъ и лютыхъ зелій". „Истязавше много" отправили его въ заточеніе въ Лачь озеро. Вотъ и всѣ данныя, которыя дошли до насъ о времени до XV вѣка. Совершенно иное представляетъ собою исторія XV, XVI и XVII вѣковъ. Множество фактовъ, сохранившихся въ лѣтописяхъ и въ различныхъ документахъ, позволяютъ намъ нарисовать положеніе интересующаго насъ вопроса въ данный періодъ.

Въ это время всѣ русскіе люди, начиная съ простаго крестьянина и кончая царемъ, вѣрили въ то, что вѣдуны и колдуньи могли посылать на людей всякія лиха вѣтромъ и

---

[1]) Владимірскій-Будановъ, Аѳанасьевъ, Ланге.



выниманіемъ слѣда, а вѣрили также во всевозможныя чары, приносящія добро и зло. Это воззрѣніе выражено съ особой яркостью въ присягѣ, даваемой на вѣрность Государю, которую мы уже изложили. Дань суевѣрію заплатили всѣ Цари земли русской, включая сюда Бориса Годунова [1]) и Петра Великаго, но самымъ суевѣрнымъ изъ нихъ былъ, повидимому, Василій Шуйскій. По свидѣтельству Петрея [2]), онъ, желая поддержать себя на престолѣ, собиралъ отовсюду колдуновъ и колдуній и для вѣдовскихъ дѣлъ приказывалъ вынимать изъ живыхъ коней сердца и вырѣзывать плодъ у беременныхъ женщинъ. Царь находилъ, что пока колдуны чаровали и творили заклятія—царскія войска одерживали побѣды, а когда чары прекращались, одолѣвали поляки. Самъ набожный царь Алексѣй Михайловичъ приказывалъ стольнику Матюшкину высылать крестьянъ въ Купальскую ночь искать сераборинаго цвѣта, иноериковой и мятной травы и дягилу, а передъ концомъ своей жизни въ 1875 г. приказывалъ воеводамъ въ Сибири, которая по своей отдаленности представлялась въ народномъ воображеніи страною таинственныхъ силъ и чудесъ, собирать знахарей, узнавать отъ нихъ о травахъ и самыя травы присылать въ Москву [3]).

При такой всеобщей вѣрѣ въ колдовство понятно, что очень часто и по самымъ ничтожнымъ поводамъ возникали дѣла о чародѣйствѣ. Подозрѣваемые приводились къ допросу, подвергались пыткамъ и нерѣдко умирали въ тюрьмѣ, на кострѣ или въ ссылкѣ [4]). Всякаго непонятнаго для толпы факта было достаточно для возбужденія дѣла. Въ царствованіе Михаила Федоровича былъ пожаръ въ Москвѣ. При переноскѣ имущества нѣмца живописца нашли черепъ. Не понимая, для чего онъ понадобился для художника, народъ заподозрилъ его собственника въ колдовствѣ и хотѣлъ его бросить въ огонь [5]). Іоаннъ IV былъ человѣкомъ образован-

[1]) Соловьевъ. Ист. Россіи. X, стр. 375.
[2]) Афанасьевъ. Миѳол. воззрѣнія Славянъ. III, стр. 674.
[3]) Костомаровъ, стр. 293.
[4]) Ланге. Древне-русское угол. судопроизводство. 1884 г., стр. 102—103.
[5]) Костомаровъ. Очеркъ домашней жизни, стр. 290.



нымъ для своего времени, но не задумался обвинить Собакиныхъ въ томъ, что они хотѣли извести его чародѣйствомъ [1]), а потомъ, желая вступить въ бракъ, онъ жаловался Собору, что его первую жену Анастасію злые люди извели чародѣйствомъ. То же обвиненіе онъ бросаетъ въ глаза Курбскому. „А съ женою вы почто меня разлучили“, пишетъ онъ ему [2]).

Процессы о колдовствѣ возникали и производились въ различныхъ областяхъ русскаго государства. Въ 1591 г. возникло дѣло о порчѣ въ Астрахани Крымскаго царевича Муратъ Гирея. Царь послалъ въ Астрахань Астафія Пушкина и велѣлъ ему учинить розыскъ и подвергнуть колдуновъ пыткѣ и всѣхъ ихъ пережечь. На дыбѣ колдуны сознались, что они пили изъ сонныхъ кровь; этого было достаточно, чтобы всѣхъ ихъ отправить на костеръ [3]). Въ этомъ дѣлѣ чрезвычайно странно показаніе подсудимыхъ. По преданіямъ русскаго народа не колдуны, а упыри, они-же вампиры или вардулаки, т. е. мертвые, не находящіе покоя въ могилѣ, встаютъ ночью изъ гроба и высасываютъ кровь у родныхъ и знакомыхъ. Обыкновенно народъ вѣритъ, что умершіе колдуны превращаются въ упырей и бродятъ по свѣту, распространяя моръ и болѣзни. Въ данномъ-же дѣлѣ то-же самое дѣяніе было вмѣнено въ вину живымъ. Это обвиненіе напоминаетъ намъ римское повѣрье о ламіяхъ и стригахъ, т. е. живыхъ женщинахъ, которыя высасываютъ кровь и ѣдятъ внутренности людей.

Въ 1671 г. кн. Долгоруковъ подошелъ съ войскомъ къ городу Темникову. Жители покорились и выдали ему 2-хъ поповъ и старицу, которая „войско себѣ сбирала и съ ворами вмѣстѣ воровала“, и принесли воровскія письма и коренья. На пыткѣ старица созналась, что людей портила и вѣдовству учила. Воевода приказалъ: поповъ повѣсить, а старицу сжечь

---

[1]) Ланге. Древнее русское уголовное судопроизводство. 1884 г. стр. 102—103.

[2]) Карамзинъ. Исторія Гос. Росс., т. IX, стр. 216; Соловьевъ. Ист. Росс. X, стр. 375; Сказанія Курбскаго. I, стр. 102. Сахаровъ. I, стр. 13.

[3]) Афанасьевъ. Миѳол. воззрѣнія Славянъ. III, стр. 623.



въ срубѣ [1]). Въ томъ же 1671 году въ срубѣ былъ сожженъ бунтовщикъ Кормушка Семеновъ за то, что у него найдена тетрадка съ заговорами [2]). Въ 1674 г. въ Тотьмѣ сожжена въ срубѣ при многочисленномъ народѣ женка Ѳедосья, оговоренная въ порчѣ; передъ самою казнью она заявила, что никого не портила, а поклепала на себя не стерпя пытки [3]). Въ 1606 г. въ Перми производилось дѣло о вѣдунахъ Ведерникѣ и Талевѣ, которые обвинялись въ томъ, что напускали икоту. Воевода безъ обыска подвергъ ихъ нещадной пыткѣ, по 3 встряски на дыбѣ, и „вкинулъ“ ихъ въ тюрьму. Но подсудимые подали жалобу въ Четвертной приказъ; велѣно было произвести объ нихъ обыскъ, дѣйствительно-ли они людей портятъ и если скажутъ на обыскѣ, что они людей не портятъ, то выпустить изъ тюрьмы немедленно [4]). Въ 1647 г. крестьянинъ Мишка Ивановъ за чародѣйство былъ высланъ въ Кирилло-Бѣлозерскій монастырь, гдѣ его держали „подъ крѣпкимъ карауломъ“. Въ чемъ именно состояло его колдованіе—изъ дѣлъ не видно [5]). Въ 1666 г. та же участь постигла посадскаго человѣка Анику Громникова за то, что учился „заговорнымъ словамъ“—съ цѣлью „отомстить недружбу“. Велѣно везти его бережно и скованнымъ, а въ монастырѣ держать подъ началомъ до Государева указу [6]).

Къ числу дѣлъ о колдовствѣ допетровской эпохи относится также дѣло жидовствующихъ. Процессъ объ этой сектѣ окончился въ 1689 году; всѣ подсудимые были осуждены на сожженіе. Имъ вмѣнили въ вину не только отпаденіе отъ православія въ ересь, но также занятіе астрологіей, что считалось однимъ изъ видовъ колдовства [7]).

Во время стрѣлецкихъ волненій 1682 г., благодаря кото-

---

[1]) Афанасьевъ. III, стр. 627.
[2]) Тамъ же.
[3]) Соловьевъ. Исторія Россіи. XIII, 167
[4]) Ланге. стр. 103. Акты Ист. II, № 66.
[5]) Акты Арх. Экс. т. IV, № 18.
[6]) Афанасьевъ III, стр. 127; Акты Ист. V, 12.
[7]) См. выше. Постановленія Константиноп. Собора.

рымъ Царевна Софья сдѣлалась правительницей государства, ея помощники всячески волновали народъ [1]). Желая усилить броженіе они распустили слухи, что Царь Өедоръ Алексѣевичъ былъ испорченъ бабой вѣдуньей и отъ этой порчи умеръ. 16 Мая 1682 года, народъ собравшись на Красной площади, сталъ требовать, чтобы стрѣлецкій приказъ розыскалъ эту бабу. Вскорѣ явился и доносчикъ, поморецъ Евтюшка Марковъ, и заявилъ, что онъ ее знаетъ. Евтюшка вмѣстѣ съ стрѣльцами отправился на Поварскую улицу, гдѣ стояла ея хата, и привелъ старуху въ приказъ. Это была жена водопроводныхъ дѣлъ мастера и звали ея Мареой. При допросѣ она ни въ чемъ не повинилась и показала, что она Царя Өедора не портила, такое великое и страшное дѣло не мыслила и про волшебство ничего не знаетъ. На пыткѣ ей дали 32 удара, но старуха твердила свое. Черезъ нѣсколько дней стрѣльцы подали челобитную, требуя, чтобы старуху жгли накрѣпко, такъ какъ она „отъ пытки оттерпѣлась чародѣйствомъ своимъ". Мареушку опять повезли въ застѣнокъ и поднимали на дыбу, били кнутомъ и жгли огнемъ. Старуха не перенесла мученій и тутъ же въ застѣнкѣ умерла.—Доносчикъ Евтюшка послѣ ея смерти былъ освобожденъ изъ подъ стражи.

Прошло 17 лѣтъ. 2 Декабря 1699 года изъ Кремля вели на казнь десять разбойниковъ. Всѣ они были скованы по рукамъ и ногамъ и несли въ рукахъ зажженныя свѣчи. Какъ только они вышли изъ Спасскихъ воротъ, ихъ атаманъ Өедька Малютинъ закричалъ „Слово и дѣло", его товарищи повторили за нимъ страшныя слова: „Государево слово и дѣло". Солдаты остановились, народъ разбѣжался, подбѣжали солдаты съ караула и преступниковъ отвели въ Преображенскій приказъ. Для разбойниковъ было чрезвычайно важно выиграть время и отсрочить казнь; какъ ни ужасенъ былъ допросъ у грознаго князя Өедора Юрьевича Ромодановскаго, но дѣло могло затянуться, а это давало возможность при-

[1]) Есиповъ. Колдовство въ XVII и XVIII столѣтіяхъ. (Изъ Архивныхъ Дѣлъ). Древняя и Новая Россія 1878 г., т. III, стр. 66.



готовитъ побѣгъ. Явившись къ допросу, Ѳедька Малютинъ объяснилъ слѣдующее: „Тому съ годъ времени онъ пришелъ въ Ордынскую улицу, во дворъ дьяка Леонтія Клиника, къ дворнику Евтюшкѣ Маркову, просить лекарства отъ зубовъ и въ то время у Евтюшкѣ была постельница, съ которою Евтюшка говорилъ невѣдомо что тайно, и поминала она постельница имя Государево невѣдомо для чего. А жена его, Евтюшки, сказывала ему, Ѳедькѣ: мужъ-де ея далъ той постельницѣ два кусочка воску и велѣлъ прилѣпить, а гдѣ и для чего—того не вѣдаетъ, а вѣдаетъ тотъ дворникъ и его жена. Онъ же Евтюшка въ прошлыхъ годахъ хаживалъ въ дѣвичій монастырь, гдѣ содержалась царевна Софья, къ старицамъ Панфилѣ и Еленѣ и когда Елена была послана въ ссылку, то Евтюшка въ то число скрылся“. Доносъ былъ придуманъ очень хитро. Тутъ были и указанія на покушеніе испортить Царя при содѣйствіи придворной прислуги, и сношенія съ Царевной Софьей, за которой въ то время слѣдили очень строго. Поэтому князь Ромодановскій принялся за розыскъ съ полнымъ рвеніемъ. За Евтюшкой былъ посланъ подъячій съ солдатами, которые и привели его въ приказъ. Хату его обшарили и нашли коренья, толченыя и нетолченыя, да склянку съ водой. Евтюшка Марковъ былъ тотъ самый поморецъ, который въ 1682 г. сдѣлалъ доносъ на Мареушку. Въ то время онъ погубилъ несчастную бабу, потому что она занималась тѣмъ же знахарствомъ, какъ и онъ, и ему хотѣлось уничтожить соперницу. Теперь ему пришлось оправдываться самому и доказывать, что онъ невиновенъ въ колдовствѣ.

Онъ сознался, что лечилъ многихъ людей травами, но всѣ его травы и коренья были добрыя, и наговоровъ онъ не дѣлалъ. Искусству своему онъ учился у аптекарей и вреда никому не сотворилъ. Ѳедька Малютинъ приходилъ къ нему, прося лѣкарство отъ зубной боли. Постельницу Арину Ѳедоровну привела къ нему стрѣльчиха Устюшка. Онъ далъ Аринѣ грыжной травы, такъ какъ у ней болѣли ноги. Въ Новодѣвичьемъ монастырѣ онъ не былъ, а былъ у старицы Панфиліи на ея дворѣ и лѣчилъ жену ея дворника. Старицу

Елену не знаетъ и никогда не укрывался, а живетъ въ Москвѣ лѣтъ 30. Товарищъ Евтюшки Алешка Ивановъ тоже сознался, что лѣчилъ всякихъ людей травами отъ всякихъ нутряныхъ и кликотныхъ болѣзней безъ волшебства и наговора. Евтюшка сталъ выпутываться, но его погубила его жена, которая сознались, что Евтюшка не только травами лечилъ, но при этомъ и колдовалъ. Когда къ нему приходили люди разные, то онъ посадитъ ихъ въ избѣ, а самъ уйдетъ въ уголъ хаты, за занавѣсъ и, „снявъ съ себя крестъ металъ кругомъ, а потомъ, выйдя къ людямъ, говаривалъ съ ними тайно". Евтюшка все это призналъ, но добавилъ, что тутъ дурного ничего нѣтъ. По кресту онъ признавалъ, которую болѣзнь можно лѣчить и которую нельзя. Кого онъ лѣчить не могъ, того онъ отпускалъ. Стрѣльчиха, вдова Устюшка, также сознались, что кормилась, повивая дѣтей, и лѣчила отъ скорбей травами. Постельницу Арину Ѳедотову она приводила къ Евтюшкѣ, но зачѣмъ не знаетъ. Арина теперь замужемъ и живетъ въ Звонаряхъ.

Наконецъ, кн. Ромодановскій добрался до того лица, которое его интересовало. Арину Ѳедотову розыскали. Оказалось, что она служила постельницей сначала у Царевны Софьи Алексѣевны, а потомъ у Царевны Марѳы Алексѣевны. Когда же эта послѣдняя ушла въ монастырь, то Арина вышла замужъ за стрѣльца Озерова полка Никиту Зайцева. Къ Евтюшкѣ она, дѣйствительно, приходила, ибо ее обокрала бѣглая дѣвка Аринка и ей хотѣлось узнать, сыщется-ли та дѣвка или нѣтъ, да кромѣ того у ней ноги болѣли. Евтюшка отъ болѣзни ногъ далъ ей травы, велѣлъ ей траву эту парить и прикладывать къ ногамъ. Относительно же дѣвки онъ пошелъ въ уголъ за завѣсъ, ворожилъ и выйдя оттуда сказалъ: „будетъ тебѣ про ту дѣвку вѣсть". Тайно она съ нимъ не говорила, имя Государя не упоминала и воску отъ него не брала. Послѣ допросовъ Евтюшкѣ были даны очныя ставки съ Ѳедькой Малютинымъ; такъ какъ они остались при своихъ показаніяхъ, то обоихъ пытали. Евтюшка не выдержалъ третьей пытки и умеръ. Наконецъ, по дѣлу состоялось рѣшеніе: Ѳедьку Малютина велѣно было по прежнему приго-

вору за разбои и отраву товарища разбойника казнить смертью. Жена Евтюшки оставалась въ тюрьмѣ еще нѣсколько мѣсяцевъ. Ее допрашивали съ пыткою, „не давалъ-ли ея мужъ постельницѣ Аринѣ двухъ кусочковъ воска и поминала-ли она государево имя". На трехъ пыткахъ она отвергала это обвиненіе на покойнаго мужа. 19 іюля 1700 года состоялось въ Преображенскомъ приказѣ рѣшеніе. Бояре приговорили: Анютку, жену Евтюшки, освободить, потому что она въ томъ дѣлѣ очистилась кровью. Постельница Арина была возвращена мужу.

Съ переходомъ отъ XVII къ XVIII вѣку матеріалъ становится еще богаче и разнообразнѣе. Мы можемъ уже пользоваться дѣлами, которыя были найдены въ архивахъ Святѣйшаго Синода и мѣстныхъ духовныхъ консисторіяхъ. Кромѣ того нѣсколько процессовъ, дошедшихъ до Правительствующаго Сената, напечатаны въ полномъ собраніи законовъ, а другіе, извлеченные изъ центральнаго архива Министерства Юстиціи, а также изъ мѣстныхъ архивовъ, опубликованы въ различныхъ статьяхъ и спеціальныхъ изданіяхъ. Къ сожалѣнію описаніе чрезвычайно интереснаго и важнаго архива Св. Синода далеко не закончено и доведено лишь до царствованія Елизаветы Петровны.

Приступая къ изложенію дѣлъ этого періода, мы должны опять таки констатировать тотъ фактъ, о которомъ мы говорили выше. Главная опасность для людей всѣхъ сословій состояла въ томъ, что самый ничтожный фактъ, непонятный для необразованной среды, могъ служить основаніемъ для обвиненія человѣка въ колдовствѣ; а затѣмъ уже слѣдовалъ допросъ въ застѣнкѣ, гдѣ неграмотные и жестокіе судьи могли пытками заставить невиннаго человѣка наговорить на себя всякія небылицы. Примѣромъ такого легкомысленнаго обвиненія можетъ служить слѣдующее дѣло [1]). Крестьянинъ Кузьма Анциферовъ подалъ въ инквизиторскій при Синодѣ приказъ донесеніе, въ которомъ прописалъ, что „архимандритъ Златоустовскаго монастыря Антоній, будучи въ Давыдовой пустыни.

---

[1]) Описаніе дѣлъ Свят. Синода, т. III.



заставилъ крестьянина Кондратія Михайлова въ полѣ рожь косить невѣдомо для какого лукаваго измышленія". На вопросъ приказа инквизиторскихъ дѣлъ архимандритъ Антоній показалъ, что сдѣлалъ это для пробы, ибо слышалъ отъ нѣкоторыхъ искусныхъ земледѣльцевъ, что если осенью рожь скосить, то она отъ этого въ корени будетъ сильная. Такому объясненію не повѣрили и обоимъ былъ назначенъ новый допросъ.—Къ сожалѣнію исходъ дѣла неизвѣстенъ.

Другое дѣло имѣло своимъ предметомъ болѣе серьезное обвиненіе [1]). Въ 1752 г. Марфа Королева, состоящая дворовой женкой бригадира Ѳедора Костюрина, была приведена въ Курскую воеводскую канцелярію по обвиненію въ томъ, что она портила свою госпожу волшебствомъ. На допросѣ подсудимая показала слѣдующее. Ея дочь Василиса сошлась съ Иваномъ Музыринымъ; за эту провинность жена бригадира била Василису батожьемъ, она же, Марфа, озлобленная такимъ обращеніемъ съ своей дочерью, рѣшилась отомстить за нее. Въ 1752 г. въ іюлѣ мѣсяцѣ въ первыхъ числахъ послѣ Петрова дня, когда самъ Костюринъ уѣхалъ въ Миропольскій уѣздъ, она „чинила волшебство и вынимала у онаго господина своего слѣдъ на землѣ съ приговоромъ, чтобъ оный господинъ ея всегда былъ боленъ; отъ котораго ея волшебства съ того времени оный господинъ ея и понынѣ находится въ болѣзни; да она же, Марфа, волшебствомъ своимъ испортила дворовую женку Домну, наговоривъ на водѣ, чтобъ она всегда была скорбна, отъ которой ея порчи означенная женка скорбна и понынѣ; къ тому-же она, Марфа, въ полѣ посѣянному хлѣбу чинила заломъ, чтобъ тому ржаному хлѣбу не было урожая". По снятіи этого показанія Марфу подъ конвоемъ препроводили въ консисторію—„для учиненія съ нею по правамъ духовнымъ". Обсудивъ всѣ эти факты и находя, что въ дѣйствіяхъ подсудимой заключаются признаки преступленія, описаннаго въ указѣ Императрицы Анны Іоанновны отъ 20 мая 1731 г., и что Марфа Королева подле-

[1]) А. Лебедевъ. Бѣлогородскіе Архіереи и среда ихъ Архипастырской дѣятельности. Харьковъ. 1902, ст. 98.



жить наказанію смертною казнію; консисторія опредѣлила: „отослать ее съ прописаніемъ вышеписаннаго обстоятельства въ Бѣлгородскую губернскую канцелярію для учиненія съ нею по указамъ, и что съ нею учинено будетъ, требовать въ консисторію увѣдомленія“. Конецъ дѣла неизвѣстенъ. Это дѣло интересно въ томъ отношеніи, что консисторія, постановивъ смертный приговоръ, поручила исполненіе его свѣтской власти.

Въ томъ-же 1752 г. въ Московскомъ сыскномъ приказѣ производилось дѣло о дворовой женкѣ Иринѣ Ивановой, обвиняемой въ колдованіи лягушкой [1]. 28 августа 1752 г. Сенатскій секретарь Степанъ Семеновъ Алексѣевъ, проживавшій въ Москвѣ за Серпуховскими воротами, въ приходѣ Вознесенія Господня, проснувшись утромъ, увидалъ возлѣ своей постели живую лягушку. Жена его сейчасъ же позвала горничную Ирину и приказала ей поймать лягушку, убить ее и выкинуть. Та исполнила это приказаніе лишь отчасти. Когда баринъ вечеромъ вернулся домой, онъ спросилъ, убита-ли лягушка, Ирина отвѣтила, что бросила ее на улицу. Баринъ велѣлъ непремѣнно розыскать, убить и принести ему, а за непослушаніе сильно избилъ Ирину. Та черезъ нѣкоторое время принесла сушеную лягушку, сказавъ, что нашла ее на томъ мѣстѣ, гдѣ бросила утромъ живую. Алексѣевъ усумнился въ правдоподобности ея словъ и началъ ее допрашивать, пустивъ въ ходъ истязанія. Ирина повинилась, что принесла живую лягушку съ Москвы рѣки и пустила подъ постель барыни, чтобъ она была добра. Баринъ не повѣрилъ и этому объясненію, считая, что „нельзя лягушкою человѣка къ добродѣтели привести“. Допросъ возобновился съ прежней энергіей, пока Ирина, наконецъ, повинилась въ томъ, что „пустила лягушку подъ постель на смерть своей помѣщицы; если бы никто не увидалъ этой лягушки, то барыня умерла бы вмѣстѣ съ ней“. О такомъ колдовствѣ она узнала отъ сестры своей, которая сказывала,

[1] Есиповъ, Колдовство въ XVII и XVIII вѣкѣ. Изъ архивныхъ дѣлъ (Древняя и новая Россія. 1878 г. т. III, стр. 235).



что она лягушкой отравила нелюбимаго мужа. Сушеную же лягушку она принесла изъ деревни, намѣреваясь истолочь ее въ порошокъ и, выбравъ время, дать его въ питьѣ своей барынѣ, чтобы та умерла, но не могла улучить времени, чтобы исполнить свое намѣреніе. Этотъ способъ отравленія ей указалъ колдунъ, у котораго она прежде жила. 10 сентября Алексѣевъ представилъ Ирину въ Сыскной приказъ и объяснилъ всѣ подробности дѣла, прося розыскать и по розыску учинить рѣшеніе. При первомъ и второмъ допросѣ Ирина подтвердила свое показаніе и осталась при немъ, несмотря на то, что ее пытали на дыбѣ и дали 35 ударовъ плетьми. Затѣмъ ее посадили въ тюрьму и привели къ третьему допросу только въ 1754 г. Ее опять пытали и дали 40 ударовъ. На этотъ разъ она измѣнила свое показаніе и объяснила, что „сухой лягушки въ домъ не принашивала и показала на себя, не стерпя побоевъ". Въ виду разнорѣчія, замѣченнаго въ ея словахъ, судьи опредѣлили пытать ее дважды огнемъ. Несчастную вновь привели въ застѣнокъ и дали 30 ударовъ. Тогда она объяснила, что никого не портила, но что колдунъ Максимъ, нынѣ умершій, сказалъ ей, что отъ сухой лягушки въ утробѣ помѣщицы расплодятся лягушки, и что она отъ этого помретъ. Вѣроятно бѣдную бабу пытали бы еще нѣсколько разъ, но, къ счастью, Алексѣевъ сжалился надъ ней и подалъ въ приказъ заявленіе о томъ, что онъ Ирину въ домъ къ себѣ обратно брать не желаетъ и проситъ сослать ее куда нибудь. А такъ какъ Алексѣевъ представилъ кормовыя и прогонныя деньги, то приказъ его просьбу уважилъ и сослалъ Ирину на вѣчное житье въ Оренбургъ.

Слѣдующее дѣло переноситъ насъ на далекій сѣверъ, въ Вятскую губернію [1]). Съ 1756—1763 г. въ Яренской воеводской канцеляріи производилось дѣло крестьянина Андрея Козицына, обвинявшагося въ порчѣ крестьянокъ, отчего

---

[1]) Дѣло о чародѣйствѣ во 2-й половинѣ XVIII вѣка. Русская Старина 1894 г. т. 88, стр. 238—242. Свѣдѣнія объ этомъ дѣлѣ извлечены изъ дѣла, хранящагося въ Московскомъ архивѣ Министерства Юстиціи.



тѣ стали „скорбѣть сердцемъ“, и „бываютъ почасту въ безпамятствѣ и несостояніи ума“. Сначала по увѣщеніи подсудимый показалъ, что крестьянинъ Карандышевъ его училъ чародѣйству и показывалъ у себя въ домѣ пятерыхъ дьяволовъ, которые невидимо въ избѣ были и притомъ говорилъ: „ежели ты будешь людей портить, они тебѣ служить будутъ“. Послѣ этого Карандышевъ потребовалъ отъ Козицына, чтобы онъ отрекся отъ Бога. Тогда Козицынъ неоднократно призывалъ дьяволовъ и портилъ людей. Велѣно было пытать обоихъ: но Карандышевъ на 3-хъ пыткахъ не повинился; велѣно было пытать Козицына въ 4-й разъ и тогда только онъ снялъ оговоръ съ Карандышева и заявилъ, что колдовству его научилъ нѣкій Поскоринъ, нынѣ умершій. 28 марта 1763 г. Яренская канцелярія, основываясь на 22 главѣ Уложенія Царя Алексѣя Михайловича, постановила: „оному чародѣю и волшебнику Андрею Козицыну за порчу бабъ и оговоръ Карандышева учинить смертную казнь сожженіемъ въ срубѣ“. Архангелогородская губернская канцелярія, отмѣнивъ это рѣшеніе, опредѣлила: „что хотя Козицынъ и подлежалъ сожженію въ срубѣ, но въ силу Сенатскихъ указовъ 10 сентября 1754 г. и 14 октября 1760 г. учинить ему жестокое наказаніе кнутомъ, вырѣзавъ ноздри и поставивъ на лбу и щекахъ знаки, сослать въ ссылку въ Сибирь въ вѣчную работу въ Нерчинскихъ заводахъ“. Приговоръ этотъ былъ утвержденъ юстицъ-конторой и приведенъ въ исполненіе.

Такъ велись дѣла о колдовствѣ и порчѣ въ теченіе XVIII вѣка. Жестокость судей не уменьшалась, несмотря на то, что милосердіе Императрицы Елизаветы Петровны было хорошо извѣстно. Но во 2-й половинѣ вѣка наступилъ переломъ. Въ русскомъ обществѣ, по крайней мѣрѣ въ высшихъ его слояхъ, стало распространяться просвѣщеніе, а, благодаря этому, постепенно слабѣла вѣра въ возможность порчи путемъ колдовства. При такихъ условіямъ мысли, выраженныя Императрицей Екатериной II въ ея Наказѣ, упали на хорошую почву. Въ своей борьбѣ съ суевѣріемъ она нашла поддержку среди своихъ ближайшихъ совѣтниковъ и высшихъ

судей Имперіи. Какъ велика была перемѣна, происшедшая въ воззрѣніяхъ русскихъ судей, видно изъ слѣдующаго указа Сената, который былъ опубликованъ въ 1770 г. и имѣлъ громадное вліяніе на исходъ дѣлъ о колдовствѣ и порчѣ [1]).

Въ Устюжской провинціи, Яренскаго уѣзда, нѣсколько дѣвокъ, притворяясь больными, стали выкликать имена людей, которые будто-бы испортили ихъ. Сосѣди приступили къ допросу оговоренныхъ, сначала пустили въ ходъ угрозы, а потомъ побои и истязанія, когда-же обвиняемыя, испугавшись пытки, сознались въ чародѣйствѣ, то ихъ отвезли въ воеводскую канцелярію, гдѣ ихъ распрашивали подъ плетьми и заставили подтвердить прежнія свои показанія. По слухамъ, дошедшимъ до товарища предсѣдателя провинціальной канцеляріи Комарова, порча производилась посредствомъ червяковъ, даваемыхъ будто бы отъ дьявола и пускаемыхъ на людей, которые выходятъ со двора безъ молитвы и ругаются матершиною. Судья усиленно требовалъ отъ обвиняемой Мезенцовой, чтобы она представила этихъ червяковъ. Желая избавиться отъ побоевъ, подсудимая наловила въ банку мухъ, которыя летали въ избѣ, гдѣ она сидѣла подъ карауломъ, высушила ихъ и отдала судьѣ.—На основаніи этихъ данныхъ Устюжская провинціальная канцелярія признала всѣхъ подсудимыхъ виновными въ чародѣйствѣ и осудила ихъ на жестокое наказаніе, а такъ называемыхъ червяковъ при пакетѣ представила въ Сенатъ, какъ неоспоримое доказательство.

Разсмотрѣвъ эти обстоятельства, Правительствующій Сенатъ нашелъ „къ великому сожалѣнію своему съ одной стороны закоснѣлое легкомысліе многихъ людей, а паче простого народа о чародѣйственныхъ порчахъ, суевѣріи, соединенное съ коварствомъ и явными обманами тѣхъ, кои или по злобѣ, или для корысти своей онымъ пользуются, а съ другой стороны, Сенатъ усмотрѣлъ съ крайнимъ неудовольствіемъ не только беззаконные съ мнимыми чародѣями поступки, но невѣжество и непростительную самихъ судей неосторожность въ томъ, что съ важностью принимая осязательную ложь и

---

[1]) П. С. З. 1777 г., марта 14, № 13427, Сенатскій указъ.



вещь совсѣмъ несбыточную за правду, слѣдственно пустую мечту за дѣло, вниманія судейскаго достойное, вступили безъ причины въ слѣдствіе весьма непорядочное". „Можно довольно надивиться, продолжаетъ Сенатъ, что судьи не могли того-же часа принять объявленіе о семъ чародѣйствѣ за пустую смѣха и презрѣнія, а не уваженія достойную брань". „Судья же Комаровъ такъ простъ, что не могъ распознать мухъ съ червяками и не устыдился представить ихъ въ высшее Правительство". По симъ даннымъ Сенатъ приказалъ: 1) допросъ начинать съ кликушъ, согласно законамъ 1722 и 1737 года; 2) подсудимыхъ оправдать и отпустить домой съ прочтеннымъ указомъ объ ихъ невинновности; 3) кликушъ, начавшихъ это дѣло, наказать плетьми, а сельскихъ старосту и сотскихъ—батожьемъ, 4) чиновъ воеводской канцеляріи отрѣшить отъ должности.

Болѣе рѣзкаго осужденія процесса о колдовствѣ нельзя было и ожидать. Это рѣшеніе, воспріявшее силу закона и распубликованное во всеобщее свѣдѣніе, должно было оказать существенное вліяніе на ходъ и разрѣшеніе подобныхъ дѣлъ. Но при всемъ значеніи этого закона мы должны признать, что Сенату не удалось уничтожить преслѣдованіе частныхъ лицъ за колдовство и порчу. Примѣромъ можетъ служить слѣдующее дѣло.

Въ 1815 г., то есть черезъ 45 лѣтъ послѣ изложеннаго нами указа Сената, въ Пинежскомъ уѣздномъ судѣ слушалось дѣло о Михаилѣ Чухаревѣ, обвиняемомъ въ порчѣ икотою своей двоюродной сестры Ефимьи Лобановой. Чухаревъ сознался, что, дѣйствительно, насылалъ порчу на Лобанову, дѣйствуя слѣдующимъ образомъ: снявши съ себя шейный крестъ, должно нашептывать на соль: „пристаньте къ человѣку (имя рекъ) скорби—икоты, трясите и мучьте его до скончанія вѣка; какъ будетъ сохнуть соль, такъ сохни и тотъ человѣкъ. Отступите отъ меня дьяволы, а приступите къ нему". Наговорную соль слѣдуетъ бросить на дорогу или вообще на то мѣсто, которымъ долженъ проходить человѣкъ, которому посылаютъ икоту. Судъ приговорилъ Чухарева къ 35 ударамъ плетей и къ публичному церковному покаянію.

Вѣроятно это не единственное рѣшеніе, постановленное въ русскихъ уѣздныхъ судахъ въ отдаленныхъ медвѣжьихъ углахъ. Въ волостныхъ же судахъ центральныхъ губерній и понынѣ разрѣшается вопросъ о колдовствѣ и налагаются наказанія [1]). А насколько въ народѣ жива вѣра въ возможность колдовства и порчи, въ этомъ можно убѣдиться изъ многочисленныхъ случаевъ убійства колдуновъ и знахарей за ихъ мнимыя прегрѣшенія.

Въ заключеніе нельзя не сдѣлать замѣчанія общаго характера. Народъ дѣлаетъ колдуновъ отвѣтственными, главнымъ образомъ за болѣзни, распространенныя въ извѣстной мѣстности. На сѣверѣ въ Пермской губерніи ихъ нерѣдко обвиняютъ въ насылкѣ икоты, а въ центральной Россіи, гдѣ среди женщинъ сильно развита истерія, порча выражается прежде всего въ томъ, что бабы начинаютъ „выкликать“. На свадьбахъ деревенскихъ, если въ хату званнымъ или незваннымъ гостемъ войдетъ сельскій колдунъ, нерѣдко подобное пиршество кончается убійствомъ чародѣя.

б) Чары на расположеніе.

Помимо чаръ, которыми старались уморить и сгубить человѣка, были чары, которыми люди надѣялись пріобрѣсти расположеніе и милость высокопоставленнаго лица, смягчить его гнѣвъ или заставить измѣнить свое рѣшеніе. Характернымъ примѣромъ можетъ служить слѣдующее дѣло.

Въ ноябрѣ 1633 г. одна изъ мастерицъ Государыни, Марія Сновидова [2]) сдѣлала извѣтъ на другую мастерицу Дарью Ламанову, обвиняя ее въ томъ, что она на слѣдъ Государыни-царицы сыпала песокъ, и что во время царскаго отсутствія изъ Москвы въ Троицкій монастырь, къ ней приходила невѣдомо какая женщина. Розыскъ по этому дѣлу былъ порученъ окольничему Стрешневу и дьяку Тараканову;

---

[1]) см. мою книгу Суевѣріе и Уголовное Право, стр. 55 и статью Aberglaube und Verbrechen, гдѣ собранъ цѣлый рядъ такихъ приговоровъ.

[2]) Забѣлинъ. Сыскныя дѣла о ворожеяхъ и колдуньяхъ. (Альманахъ Комета. 1851 г.).



послѣ пытки Ламанова повинилась и объяснила, что ту женщину, которая къ ней приходила, зовутъ Настасьей, она людей привораживаетъ и у мужей сердце и ревность отымаетъ, наговариваетъ на соль и на мыло, да эту соль даетъ мужьямъ въ ѣствѣ и въ питьѣ, а мыломъ умываются; тоже она, Дарья, дѣлала и съ своимъ мужемъ. Когда по ея указаніямъ розыскали Настасью, то Ламанова дополнила свое показаніе, объяснивъ, что она принесла Настасьѣ воротъ отъ своей рубашки; „она воротъ этотъ около печи сожгла, на него наговорила и велѣла тотъ пепелъ сыпать на слѣдъ Государыни". Настасья сначала запиралась, но потомъ все это признала, сказавъ, что лиха въ этомъ не было; велѣла она сыпать пепелъ на слѣдъ Государыни для того, что какъ она слѣдъ перейдетъ, то отъ того бываетъ государская милость. Наговаривала-же она, чтобы Дарью Государь и Государыня жаловали; а ее Настасью волховать учила Машка Козлиха. Розыскали и эту послѣднюю. Она объяснила, что умѣетъ малыхъ дѣтей смывать, да жабы во рту заговаривать, да горшки на брюхо наметывать, но добавила, что колдовать не умѣетъ. Послѣ же третьей пытки созналась, что умѣетъ наговаривать на соль, на мыло, на зеркало и что она учила этому Настасью. Кромѣ того она добавила, что такимъ ремесломъ промышляютъ многія бабы, которыя подлинно умѣютъ ворожить. По ея указанію задержали трехъ слѣпыхъ бабъ Ульку, Дуньку и Ѳеклицу. Сначала онѣ ни въ чемъ не сознавались, но потомъ пытка развязала имъ языки и каждая созналась въ своей спеціальности. Улька заговаривала товаръ, который у людей заляжетъ: она наговаривала на медъ и приказывала торговымъ людямъ этимъ медомъ умываться; сама она на медъ говорила такія слова. „Какъ пчелы ярыя роятся да слетаются, такъ бы къ тѣмъ торговымъ людямъ для ихъ товаровъ купцы сходились". „И отъ того наговору у тѣхъ торговыхъ людей на товары купцы бываютъ скорые". Другая ворожея Дунька слѣпая разыскивала краденное: „у кого что пропадетъ, смотритъ и на кого скажутъ на вѣрну и она, посмотря на сердце, узнаетъ, потому что у него сердце трепещетъ". Ѳеклица созналась, что „людямъ грыжи уговари-

ваетъ, а наговариваетъ на громовую стрѣлку, да на медвѣжій ноготь, да съ той стрѣлки и когтя даетъ пить воду; а приговариваючи говоритъ: „какъ де ей старой женкѣ, дѣтей не раживать, такъ бы на грыжу и болѣзни не было". Несмотря на жестокія пытки, колдуньи ничего не открывали. Дѣло осложнилось тѣмъ, что въ январѣ 1639 г. въ царской семьѣ умеръ царевичъ Иванъ Михайловичъ, а въ мартѣ 25-го умеръ новорожденный царевичъ Василій. Эти несчастья были приведены въ связь съ дѣломъ колдуній. По этому Государь повелѣлъ Дашку и Настьку пытать накрѣпко, ибо съ того времени, какъ Дашка сыпала пепелъ на слѣдъ Государыни, съ того времени и до сихъ мѣстъ межъ ихъ государей скорбь и въ ихъ государскомъ здоровьѣ помѣшка... Но сколько ни мучили бѣдныхъ бабъ, однако ничего новаго не открыли. Колдунья Настасья и слѣпая Ульяна вскорѣ послѣ этого умерли въ тюрьмѣ. Наконецъ, въ сентябрѣ 1639 г. состоялось рѣшеніе. Дарью Ламанову съ мужемъ сослали въ Сибирскій городъ Пелымъ, колдунью Машку Козлиху въ Соликамскъ, слѣпую Ѳевлицу съ мужемъ въ Вятку, а слѣпую Авдотью въ Сольвычегодскъ.

До насъ дошелъ еще другой подобный процессъ, который начался въ первые годы царствованія Петра I, вскорѣ послѣ усмиренія Стрѣлецкаго мятежа [1]). Это дѣло Терскаго воеводы Андрея Безобразова, его жены, людей и двухъ колдуновъ.

3 декабря 1689 г. въ приказѣ сыскныхъ дѣлъ къ боярину Стрѣшневу явились изъ Нижняго-Новгорода дворовые люди стольника Андрея Безобразова и подали на него письменный извѣтъ. Безобразовъ былъ посланъ воеводою на Терекъ, но идти туда не хотѣлъ и просилъ, что-бы его непосылали въ такую даль. Дорогой, плывя въ стругѣ, посылалъ людей розыскивать волхвовъ и чародѣевъ; нашелъ волхва Дороѳейку и послалъ его въ Москву, чтобъ онъ послалъ на Царя Петра Алексѣевича и на Государыню Наталію Кирил-

---

[1]) П. С. З. 23 дек. 1689 г. № 1362. Именной. Труворовъ. Волхвы и ворожеи на Руси (Ист. Вѣстн. 1889 г. Розыскное дѣло о Ѳедорѣ Шакловитомъ и его сообщникахъ. (Изд. Арх. Коммисіи).



ловну и бояръ Нарышкиныхъ, чтобъ они по немъ Андреѣ Безобразовѣ скучали.

Принявъ доносъ, приступили къ обыску и задержали Дорофея въ домѣ Безобразова, при чемъ у него оказались сумка и снадобья для ворожбы.—Во время допроса Дорофей объяснилъ, что онъ по ремеслу коновалъ и рудометъ, умѣетъ бобами ворожить и на руку людей смотрѣть и внутреннія болѣзни у взрослыхъ и у младенцевъ узнавать и лечить шептаніемъ; этому ремеслу научилъ его коновалъ Ѳедоръ Бобылевъ. О бобахъ Дорофей показалъ, что онъ бобами разводитъ и угадываетъ, а ладономъ оберегаетъ на свадьбахъ жениховъ и невѣстъ отъ лихихъ людей—отъ вѣдуновъ; а траву богородицкую [1]) даетъ пить людямъ отъ сердечныя болѣзни безъ шептовъ; а рветъ де тую траву лѣтомъ въ Рождество Іоанна Предтечи съ шептами: „къ чему ты трава годна, къ тому будь и годна“, а другую норичную [2]) траву даетъ лошадямъ. При этомъ Дорофей добавилъ: „Онъ же де и зубную болѣзнь лечитъ и щепоту и ломоту уговариваетъ и руду (кровь) заговариваетъ. А о государскомъ де здоровьи не ворожилъ и Андрея Безобразова не знаетъ“.

На очной ставкѣ съ доносчиками онъ сознался, что Безобразовъ просилъ его напустить на государей, чтобъ они были къ нему добры; онъ, Дорофей, изъ корысти это обѣщалъ, но не сдѣлалъ. Человѣкъ Безобразова—Щербачевъ возилъ его въ село Хорошево, чтобы онъ могъ видѣть Государей. На пыткѣ онъ сознался, что Государя видѣлъ и стихи о назначеніи тоски по А. Безобразовѣ онъ по вѣтру пустилъ, а стихи эти были слѣдующіе:

„Господи Іисусе Христе, сыне Божій, помилуй насъ. Лягу я перекрестясь, пойду помолясь, изъ избы дверми, дворомъ въ ворота, путемъ дорогою въ чистое поле; въ чистомъ полѣ стоитъ дубъ, подъ дубодомъ золотъ-стулъ, на золотѣстулѣ сидитъ дѣвица Маремьяна, прядетъ золотъ-кужель; и гдѣ раба не завидитъ Царя Петра, слѣдокъ станетъ скрады-

---

[1]) Она же Чистоустъ царскій. (Osmunda regalis).

[2]) Норичникъ—Scrophularia.



вать къ сердцу прижимать. Прихожу я рабъ Дорофей кланяюсь, покоряюсь, опущаю ключи въ океянъ-море, чтобъ тѣмъ ключамъ по океяну морю не плавывать во вѣки вѣковъ. Аминь.“

На вопросъ, камимъ заговоромъ и шептами онъ Дорофей лечитъ зубную боль? отвѣтилъ, что заговоръ такой:

„Господи Iисусе Христе, Сыне Божiй, помилуй насъ.—Сотворилъ Господи, небо и землю, создалъ Господи въ едино слово. Уговариваю я щепоту и ломоту, молюся я святому Антипiю, Николѣ Чудотворцу; посылаю Св. Антонiя къ мертвому: какъ у мертваго зубы не болятъ,—такъ и у раба (имя рекъ) ни щепоты, ни ломоты, ни пухоты, ни болѣзни не было бы во вѣки вѣкомъ. Аминь“.

О томъ-же какъ заговаривается руда у лошадей, Дорофей показалъ, что нужно прошептать слѣдующiй заговоръ: „Боже нашъ, помилуй насъ! Займуетъ царь займище, тако займися у коня сѣрова (или каковъ шерстью) руда. Летятъ два ворона черезъ океянъ-море: крыльемъ махъ-махъ, раны зѣвъ-зѣвъ, руда капъ-капъ. Аминь тебѣ руда“.

Старикъ Безобразовъ (ему было въ то время 69 лѣтъ), дойдя до Нижняго-Новгорода былъ застигнутъ морозомъ, его струги застряли во льду. Оттуда онъ посылалъ посланiя въ Москву, прося вернуть его обратно. Тамъ его застали стрѣльцы присланные изъ Сыскнаго приказа, и привезли въ Москву, гдѣ онъ на пыткѣ послѣ двухъ подъемовъ и 5-ти ударовъ во всемъ сознался. Бобылевъ сознался въ томъ, что училъ Дорофея волшебству и взялъ съ него за ученье деньги. Остальные ворожеи сознались на пыткѣ, что ворожили Безобразову на бобахъ и костяхъ про бунтъ и отъѣздъ его на Терекъ.

Декабря 23 1689 г. по дѣлу состоялся слѣдующiй приговоръ.

Великiе Государи, Цари и Великiе Князи Iоаннъ Алексѣевичъ, Петръ Алексѣевичъ... слушавъ статейный списокъ, указали и Бояре приговорили: воровъ и богоотступниковъ Андрюшку Безобразова, да человѣка его Ивашку Щербачева, да волхвовъ и чародѣевъ Нижегородскихъ жителей, коно-

валовъ, Дорошку Прокофьева, Ѳедьку Бобылева за ихъ воровство и на ихъ Государское здоровье злой волшебной и боготмѣтный умыслъ, по Уложенію казнить смертью. Андрюшкѣ и человѣку его Ивашкѣ отсѣчь головы, а волхвовъ, коноваловъ Дорошку и Ѳедьку сжечь въ срубѣ на Болотѣ. Андрюшку за то, что онъ умышлялъ на здоровье Великаго Государя и мать его злое дѣло и ожидалъ смутнаго времени и на Бояръ и на ближнихъ людей побѣды и убивства и для возмущенія людей своихъ посылалъ въ Стрѣлецкія слободы и съ Ѳедькой Шакловитымъ списывался и посылалъ людей своихъ и ворожей и волхвовъ и ворожили у него на стругу и въ Нижнемъ на подворьѣ на деньгахъ. на костяхъ и на водѣ о здоровьи Великаго Государя и Царя Петра Алексѣевича и матери его... велѣлъ волхву Дорошкѣ напустить дьявольски по вѣтру, чтобъ Онъ, Великій Государь и Мать Его были до него добры и велѣлибъ его взять къ Москвѣ.— А жену Безобразова Агафью сослать въ ссылку въ Новогородскій уѣздъ на Тихвинну въ Введенскій дѣвичъ монастырь подъ началъ и быть ей тамъ по смерть неисходно за то, что знала о затѣяхъ своего мужа и коновала Дорошку у себя на дворѣ принимала и посыльныя изъ приказа Розыскныхъ дѣлъ его не отдала, сказавъ, что отпустила къ мужу своему въ Нижній.

Помимо богатаго бытового матеріала дѣло это представляетъ большой интересъ съ юридической стороны, въ виду своебразной квалификаціи дѣянія. Безобразовъ желалъ только смягчить сердце Царево и добиться того, чтобы ему позволили остаться въ Москвѣ. Но судьи поставили ему въ вину умыселъ на здоровье Госрдаря и его матери, въ чемъ подсудимый совершенно не былъ виновенъ. Остается допустить, что судьи исходили изъ того соображенія, что всякія чары могутъ вредно отозваться на здоровье того, кого желали околдовать. Сообразно съ симъ мы находимъ ссылки на ст. 1 гл. I. Уложенія для главныхъ виновныхъ и на ст. 6 и 7 той-же главы для Агафіи. Это примѣненіе закона ясно доказываетъ намъ, что отсутствіе въ Уложеніи спеціальной статьи о колдовствѣ нисколько не стѣсняло свѣтскихъ судей.

Какъ мы уже указали выше, любое колдовство противъ личности Государя считалось преступленіемъ обще-государственнымъ. Поэтому оно вѣдалось въ Сыскномъ и Преображенскомъ Приказѣ, а не въ Духовномъ Судѣ.

Отъ Терскаго воеводы Андрея Безобразова, лица, состоявшаго вблизи престола, мы переходимъ къ дѣламъ маленькихъ людей, которые, будучи столь же необразованы и суевѣрны, вѣрили въ возможность пріобрѣсти расположеніе лицъ старшихъ и сильныхъ путемъ чаръ.

Въ 1721 г. въ Синодѣ возникло дѣло о дьячкѣ ревельской Николаевской Церкви Ѳедорѣ Епифаньевѣ, обвиняемомъ въ томъ, что имѣлъ при себѣ „приворотныя, приличныя къ волхованію письма“ [1]). При допросѣ въ Синодѣ Епифаньевъ показалъ, что „писалъ онъ тѣ письма своею рукою въ 1721 г. въ Новѣгородѣ, во время женитьбы своей со словъ одного извозчика, яко нѣкоего волхва; писалъ онъ ихъ, чтобы Ревельскій протопопъ Василій Васильевъ и жена его протопопица Пелагея и прочіе люди къ нему Ѳедору были благопріятны. Онъ, Епифаньевъ, оныя письма своею рукою писалъ и чаялъ по нимъ быть желаемому дѣйству и, пріѣхавъ въ Ревель, про себя читалъ, но только благопріятства и милости никакой ни отъ кого не получилъ, но еще въ тотъ же день, когда такое чтеніе было, его протопопъ Василій Васильевъ наказывалъ и послѣ того онъ тѣхъ писемъ не читывалъ и списывать никому не давалъ, а были у него тѣ письма спрятаны въ домѣ въ подголовкѣ, изъ которыхъ шуринъ его ихъ вынулъ и объявилъ протопопу“.

По опредѣленію Святѣйшаго Синода Епифаньевъ переданъ въ Юстицъ-коллегію, гдѣ и принятъ. Исходъ дѣла неизвѣстенъ.

Въ 1750 г. въ Бѣлгородской Консисторіи [2]) производилось дѣло о каптенармусѣ мѣстнаго полка Григоріѣ Булавинѣ, обвиняемомъ въ безумныхъ суевѣріяхъ [3]). Вся его

---

[1]) Описаніе дѣлъ Свят. Синода, т. III, стр. 539.

[2]) Бѣлгородъ въ XVIII былъ резиденціей мѣстнаго Архіепископа. Теперь это уѣздный городъ Курской губ., а каѳедра перенесена въ Харьковъ.

[3]) А. Лебедевъ. Бѣлгородскіе архіереи, стр. 93.



вина состояла въ томъ, что у него нашли „заговорную тетрадь“. Въ ней было только два заговора—одинъ на милость командира, а другой отъ лихорадки. Первый содержалъ слѣдующія фразы: 1) „я рабъ Божій Григорій, справляясь къ полковнику Данилѣ, въ меня (у меня) раба Божія Григорія въ потылицѣ мѣсяцъ а во лбу солнце, въ ретивомъ звѣзда; 2) а ты же долговершихъ; 3) а ты сверкала Божія замыкала“. Булавинъ чистосердечно сознался, что списалъ этотъ заговоръ для того, чтобы командиръ милостивъ былъ. Заговоръ отъ лихорадки состоялъ изъ нѣсколькихъ словъ: „Сатана трясовица и желтуница и мумаха“. Эти слова надо было написать на бумажку и сжечь ее, а пепелъ всыпать въ стаканъ съ водой. Напитокъ этотъ слѣдуетъ выпить со словами „силою Честнаго и Животворящаго Креста Господня“. Булавинъ сознался, что этимъ средствомъ онъ самъ пользовался и другимъ давалъ. Эти дѣйствія обвиняемаго были болѣе, чѣмъ невинны, но Консисторія, усмотрѣвъ въ нихъ бѣсовское дѣло, очень строго отнеслась къ поступку бѣднаго сержанта и постановила суровый приговоръ. Булавинъ за многія безумныя суевѣрія подлежалъ отлученію отъ церкви на многіе годы, но такъ какъ онъ военный и за службою эпитеміи нести не можетъ, то дабы онъ впредь такихъ волшебствъ и безумныхъ суевѣрствъ чинить не дерзалъ, то при собраніи полка учинить ему тѣлесное наказаніе по силѣ Артикула, а чтобъ впредь оныхъ волшебствъ чинить не дерзалъ и о томъ стороннимъ не разглашалъ и наставленій не давалъ, и къ переписыванію не сказывалъ, подъ смертною казнью обязать его въ военной походной канцеляріи. Приговоръ этотъ постановленъ, согласно Военному Артикулу, который даже за суевѣрныя бредни,—иначе нельзя назвать дѣйствія подсудимаго,—назначалъ тѣлесное ему наказаніе. Слѣдуетъ отмѣтить также замѣну эпитиміи—батогами. Первое изъ сихъ наказаній налагается церковью, чтобы привести подсудимаго къ сознанію своей вины; но Консисторія предпочла отказаться отъ долговременной возни съ грѣшникомъ и пойти краткимъ путемъ, котораго держалась свѣтская власть.

в) Чары на любовь.

Факты, изложенные въ предыдущей главѣ, вполнѣ доказали намъ, что въ народѣ было сильно развито убѣжденіе въ томъ, что путемъ колдовства можно вліять на психику человѣка, ослаблять гнѣвъ и вызывать расположеніе. Отсюда всего одинъ шагъ къ тому чувству, которое привязываетъ мужчину къ женщинѣ сильнѣе, чѣмъ сына къ отцу и къ матери. Поэтому понятно, что пока вѣрили въ силу колдовства, вѣрили и въ возможность разжечь любовь въ сердцѣ любимаго существа путемъ чаръ и талисмановъ. Вѣра въ существованіе этихъ чаръ была сильно распространена въ народѣ, и ей платили дань всѣ классы населенія. За такими чарами обращались къ ворожеямъ, которыхъ можно было найти въ каждомъ городѣ и селѣ; въ Москвѣ же, въ особенности въ Замоскворѣчьи, ихъ было множество, несмотря на воздвигнутыя на нихъ гоненія [1]). Какъ мы видѣли изъ дѣла Ламановой и др., къ нимъ часто прибѣгали женщины, которыя сильно терпѣли отъ деспотизма своихъ мужей. Колдунья должна была или „отнимать сердце и ревность мужа", или приворожить его, „отнять сердце и умъ", если онъ былъ холоденъ. Колдунья наговаривала на соль, мыло и бѣлила, приказывала женщинѣ умываться этимъ мыломъ и бѣлиться бѣлилами, а соль давать мужу въ питьѣ и въ ѣдѣ. Нерѣдко ворожея брала у женщины воротъ рубашки и сжигала его, наговаривала на пепелъ и приказывала также сыпать его въ питье мужу. Завораживая соль, чародѣйка говорила: „какъ тебя, соль, въ ѣствѣ любятъ, такъ бы мужъ жену полюбилъ". Надъ мыломъ говорилось: „коль скоро мыло съ лица смоется, столько бы скоро мужъ жену полюбилъ". Къ такимъ средствамъ прибѣгали всѣ классы населенія, поэтому исторія сохранила намъ немало примѣровъ.

Князь Андрей Курбскій, бѣжавшій на Литву отъ гнѣва Іоанна Грознаго, женился тамъ на довольно пожилой и богатой вдовѣ Марьѣ Юрьевнѣ Козинской. Эта послѣдняя,

[1]) Костомаровъ, стр. 274.



желая всецѣло завладѣть сердцемъ своего мужа, рѣшилась прибѣгнуть къ подобнымъ средствамъ, вслѣдствіе чего у ней въ спальнѣ былъ найденъ мѣшочекъ съ пескомъ и волосами [1]). Не только женщины, но и мужчины пользовались тѣми же средствами, несмотря на то, что многіе изъ нихъ принадлежали къ числу самыхъ образованныхъ людей своего времени. Знаменитый по своей учености монахъ Сильвестръ Медвѣдевъ имѣлъ сношеніе съ волхвомъ Василіемъ Иконниковымъ, который разсказывалъ ему, что кн. Василій Голицынъ велѣлъ въ деревнѣ своей сжечь въ банѣ мужика для того, „чтобъ проносу отъ него не было, что онъ ему въ ѣвствахъ дѣлалъ прилюбіе. И тѣ ѣвства онъ, князь, отсылалъ къ царевнѣ Софіи Алексѣевнѣ" [2]).

Въ 1635 г. одна изъ золотныхъ мастерицъ царицы, Антонида Чашникова, выронила во время работы во дворцѣ платокъ, въ которомъ былъ завернутъ корень обратимъ [3]). Этого было достаточно, чтобы начать дѣло. Самъ Государь повелѣлъ дьяку Тараканову „сыскати объ этомъ накрѣпко". При первомъ допросѣ Антонида показала, что „тотъ корень не лихой, а носитъ она его отъ сердечныя болѣзни". Дьякъ этимъ отвѣтомъ не удовлетворился и пригрозилъ ей, что онъ по царскому указу будетъ пытать ее накрѣпко. Услыхавъ эту страшную угрозу Чашникова повинилась и дала слѣдующее объясненіе: „тотъ корень она получила отъ нѣкой женки, которая именуется Танькою и живетъ на Задвиженской улицѣ; нуженъ онъ ей потому, что мужъ ея лихъ; Танька велѣла ей тотъ корень положить на зеркальное стекло, да въ то зеркало смотрѣться, и тогда до нее де будетъ мужъ добръ".—По этимъ указаніямъ розыскали Таньку и привели къ допросу. Сначала она ни въ чемъ не созналась. Но когда обѣихъ женщинъ по приказанію Государя стали пытать накрѣпко, то Танька созналась, что этотъ корень зовутъ „обра-

---

[1]) Афанасьевъ, III, стр. 616.

[2]) А. Труворовъ. Волхвы и ворожеи на Руси въ концѣ XVII вѣка. (Истор. вѣстн. 1889. іюнь. стр. 714).

[3]) Забѣлинъ. Сыскныя дѣла о ворожеяхъ.



тимъ", и что она дала его Антонидѣ, „чтобы ее мужъ любилъ". Наконецъ, по этому дѣлу состоялось рѣшеніе: сынъ боярскій Григорій Чашниковъ съ женою сосланы въ Казань, а плотникъ Гришка съ женою Танькою на Чаронду.

Не лишены бытового интереса также два дѣла XVIII вѣка, которые удалось розыскать въ литературѣ. По первому изъ этихъ дѣлъ фигурируютъ въ качествѣ обвиняемыхъ три мальчика, изъ коихъ старшему было 13 лѣтъ [1]).

Въ 1742 г. жилъ въ Москвѣ въ Нѣмецкой слободѣ парикмахеръ м-ръ Пріеръ, который имѣлъ обширное знакомство среди дворянъ и бралъ къ себѣ въ ученье мальчиковъ. Однажды между ними завязался разговоръ: Петръ Голтяевъ, 13 лѣтъ, изъ дома кн. Долгорукова, разсказалъ, что у нихъ дѣвки бьютъ кучеровъ; вчера дочь ключницы Окулька ударила прямо въ рожу кучера за то, что онъ хотѣлъ обнять ее, а кучеръ въ отвѣтъ на такую ласку плюнулъ ей въ глаза, да и погрозилъ: „а ты хоть бей и дерись, а полюбишь меня—корешокъ приворожный достану"... Черезъ нѣсколько дней тотъ-же мальчикъ Петрушка купилъ на Красной площади какой то корень, который, по словамъ торговки, помогаетъ отъ зубной боли; но зубъ болитъ попрежнему. Повидимому разсказъ про угрозу кучера сильно подѣйствовалъ на фантазію мальчиковъ, ибо, глядя на этотъ корень, рѣшили, что онъ приворотный. Во время работъ мальчикъ Вася Рязановъ, 12 лѣтъ, вытащилъ корешокъ у Пети и раздѣлилъ его на 3 части: одинъ кусокъ взялъ себѣ, а другіе далъ товарищамъ Васѣ Өедорову, 13 лѣтъ, и Васѣ Рязанову, 10 лѣтъ. Всѣ они были чрезвычайно рады своей добычѣ и съ гордостью понесли ее домой. На слѣдующее утро, дворецкій Сидорычъ, ненавидѣвшій ѣздового Рязанова, доложилъ барину, что сынишка этого послѣдняго, Васька, принесъ изъ парикмахерской приворотный корень; вмѣстѣ съ тѣмъ дворецкій сталъ убѣждать барина поступить по закону Божію и Государеву и передать это дѣло въ сыскной

---

[1]) Г. Есиповъ, Приворотный корешокъ. Изъ дѣлъ Сыскнаго приказа. (Истор. Вѣстн., т. 28, стр. 660).



приказъ. Помѣщикъ сначала колебался, такъ такъ мальчику было всего 10 лѣтъ, но дворецкій напомнилъ ему, что на его матушку дворовая дѣвка накликала со злости. Этотъ аргументъ подѣйствовалъ на суевѣрнаго помѣщика, и онъ приказалъ отвести мальчика въ приказъ, ибо тамъ разберутъ, а по малолѣтству Васькѣ большой бѣды не будетъ. Такимъ образомъ 10-лѣтній мальчикъ очутился на допросѣ въ страшномъ сыскномъ приказѣ. 8-го февраля 1742 г. начался этотъ допросъ. Василій Рязановъ чистосердечно разсказалъ, какъ къ нему попалъ корень, и добавилъ, что, придя 7 февраля домой, онъ отдалъ корень слугамъ, но не знаетъ, имѣетъ-ли онъ дѣйствіе. Прочіе мальчики также были вызваны и подтвердили его объясненіе, а Василій Злосчастный и Иванъ Леонтьевъ добавили, что Голтяевъ считалъ свой корень лечебнымъ, а они смѣялись, что приворотный.

Сыскной приказъ рѣшилъ: ученикамъ Василію Рязанову за кражу корня изъ кармана у Голтяева, Василію Злосчастному и Ивану Леонтьеву за раздѣлъ того корня и сказываніе того корня приворотнымъ учинить наказаніе: за малолѣтствомъ ихъ бить батогами и отдать помѣщикамъ, понеже до нихъ другихъ дѣлъ не касается.

Второе дѣло болѣе серьезно [1]), а по своимъ подробностямъ настолько характерно, что заслуживаетъ полнаго вниманія. Въ немъ уже страсть бьетъ ключемъ, недаромъ подсудимый старался всѣми мѣрами привязать къ себѣ любимую женщину.

Въ 1750 г. возникло дѣло о сержантѣ Ширванскаго пѣхотнаго полка Василіѣ Тулубьевѣ. Квартируя въ г. Тюмени у жены разночинца Екатерины Тверитиной, онъ вступилъ въ блудную связь съ ея дечерью Ириною, а потомъ обвѣнчалъ ее, Ирину, насильно съ своимъ дворовымъ человѣкомъ Дунаевымъ, но жить съ нимъ не позволилъ. Чтобы закрѣпить любовь и вѣрность Ирины, онъ на 3-й день послѣ вѣнца бралъ ее съ собою въ баню и творилъ надъ нею

---

[1]) Афанасьевъ, 111, стр. 657. Этногр. сб. VI стр. 141—3 Памятная книжка Арх. изд. 1864 г.



разныя чары: взявъ 2 ломтя печенаго хлѣба, Тулубьевъ обтиралъ ими съ себя и съ своей любовницы потъ; затѣмъ хлѣбъ этотъ смѣшалъ съ воскомъ, солью и волосами, сдѣлалъ два колобка и шепталъ надъ ними невѣдомо-какія слова, смотря въ волшебную книгу. Онъ же, Тулубьевъ, срѣзывалъ съ хоромныхъ угловъ стружки, собиралъ грязь съ телѣжнаго колеса, клалъ тѣ стружки и грязь въ теплую банную воду и приготовленнымъ настоемъ поилъ Ирину; поилъ ее виномъ, смѣшаннымъ съ порохомъ и роснымъ ладономъ; наговаривалъ еще на воскъ и сѣру и тѣ снадобья заставлялъ ее носить, прилѣпивъ къ шейному кресту, а самъ онъ постоянно носилъ при себѣ ея волосы, надъ которыми также нашептывалъ. Подобными чарами Тулубьевъ такъ приворожилъ Ирину, что она безъ него жить не могла, и, когда ему случалось уходить со двора,—бѣгала за нимъ слѣдомъ, тосковала и рвала на себѣ платье и волосы. Консисторія опредѣлила: лишить Тулубьева сержантскаго званія и сослать его на покаяніе въ Енисейскій монастырь, а бракъ Ирины съ Дунаевымъ расторгнуть; Ирина, какъ блудница, подлежала монастырскому заключенію, ,,но понеже она навращена къ тому по злодѣянію того Тулубьева, чародѣйствомъ его и присушкою, а не по свободной волѣ,—для такихъ резоновъ отъ посылки въ монастырь ее освободить“.

г) *Врачеваніе.*

Къ числу главныхъ занятій колдуновъ и знахарей относится врачеваніе людей отъ всякаго рода болѣзней. Лечили они своихъ паціентовъ травами и корешками. Цѣлебная сила растеній имъ была извѣстна изъ опыта, который накопился за многіе годы и передавался изъ поколѣнія въ поколѣніе. Но чтобъ усилить впечатлѣніе, производимое медикаментами, знахари старались разгорячить воображеніе больного и производили надъ своими травами и корешками чары, наговоры и шептанія. Въ этихъ невинныхъ средствахъ заключалась вся та наука, которая въ старину называлась зелейничествомъ и противъ которой церковь много столѣтій вела упор-

ную борьбу. Ненависть духовныхъ лицъ къ зелейщикамъ имѣла разныя причины. Многіе изъ знахарей торговали ядами и были замѣшаны въ дѣлахъ объ отравленіи. Затѣмъ, церковь считала, что болѣзнь является наказаніемъ божескимъ и что поэтому противъ подобныхъ страданій слѣдуетъ бороться только молитвой и нести крестъ, наложенный небомъ. Наконецъ, духовенству было выгодно, чтобы за облегченіемъ всевозможныхъ страданій обращались къ нему, а не къ лицамъ, знающимъ силу цѣлебныхъ травъ. Но постепенно противъ подобнаго аскетическаго ученія, поддерживаемаго церковью, отчасти изъ простой корысти, стала проявляться реакція. Свѣдѣнія о болѣзняхъ и цѣлебныхъ средствахъ увеличивались и разростались; въ XVI вѣкѣ появились врачи и аптекаря не только изъ иностранцевъ, но также изъ русскихъ; а въ царствованіе Алексѣя Михайловича былъ уже учрежденъ аптекарскій приказъ. Такимъ образомъ леченіе больныхъ превратилось постепенно въ дозволенное ремесло. Поэтому въ цѣломъ рядѣ процессовъ, напр. въ дѣлѣ Евтюшки Маркова (см. выше) подсудимый оправдывался тѣмъ, что травы и коренья его добрыя и что онъ ни чаръ, ни шептаній не дѣлалъ. Въ XVII и XVIII вѣкѣ знахарь и зелейщикъ, повидимому, могъ быть привлеченъ къ отвѣту только въ томъ случаѣ, если его леченіе сопровождалось колдованіемъ. А это бывало нерѣдко. Наговоры не исчезали и не могли исчезнуть, такъ какъ народъ вѣрилъ, что многія страданія происходили отъ порчи, а отъ такой болѣзни можно было спастись только при содѣйствіи чародѣя, одареннаго магической силой и способнаго уничтожить зло, насланное по вѣтру, въ пищѣ или питьѣ. Но даже и при этихъ условіяхъ, когда въ дѣяніи знахаря не было чаръ во вредъ ближнимъ, не мало людей познакомилось съ ужасами сыскнаго приказа.

Въ іюлѣ 1647 г. [1]) Царь Алексѣй Михайловичъ жилъ въ селѣ Коломенскомъ. 18 іюля управитель села Коломенскаго Иванъ Алексѣевъ подалъ дворецкому князю Алексѣю

---

[1]) Есиповъ. Колдовство въ XVII и XVIII столѣтіяхъ (Древняя и Новая Россія. 1878 г., Ш, стр. 64).

Михайловичу Львову доносъ, что въ селѣ этомъ живетъ какой-то крестьянинъ Симонъ Даниловъ, къ которому разныя люди ѣздятъ и его куда-то увозятъ. Доносъ былъ написанъ крайне осторожно, ибо онъ былъ направленъ не противъ Симона, а противъ царскаго любимца, боярина Семена Лукьяновича Стрѣшнева. По этому доносу Симона схватили, привели къ допросу и на пыткѣ онъ сознался, что лечилъ людей и лошадей кореньемъ, наговоромъ и шептаньемъ; бывалъ у разныхъ лицъ, а въ томъ числѣ у боярина Стрѣшнева, гдѣ выгонялъ бѣса изъ конюшни. Жена его Ирина созналась, что лечила малыхъ дѣтей травою папоротникомъ; она приговаривала и призывала на помощь всѣхъ святыхъ; имѣетъ травы—боль-цвѣтокъ и довеселилъ [1]), коими лечитъ отъ грыжи, ворочуши, да отъ черной немощи.

Въ этихъ фактахъ не было ничего страшнаго даже съ точки зрѣнія уголовнаго права XVII вѣка, ибо не было чаръ во вредъ кому-либо. Но боярская дума посмотрѣла иначе на это дѣло и Царь черезъ дворецкаго объявилъ Стрѣшневу свое рѣшеніе: „Ты Семенъ вѣдалъ все то и дѣлалъ все, преступя государево крестное цѣлованіе, забылъ Бога и его государскою премногую къ тебѣ милость, съ такими злыми вѣдуны Симонкомъ Даниловымъ да съ женкою его Оринкою знался многіе годы и на московскій дворъ и въ подмосковскую деревню къ тебѣ пріѣзжали и въ селѣ Коломенскомъ у тебя бывали многажды, а государево пришествіе въ село Коломенское бываетъ по часту и ты Семенъ государево здоровье не остерегалъ и государю про такихъ злыхъ вѣдуновъ не извѣстилъ.... И Государь, Царь и Великій князь Алексѣй Михайловичъ и бояре приговорили: за то твое воровство тебѣ Семену учинить жестокое наказаніе и сослать въ дальніе сибирскіе города въ тюрьму, и государь на милость положилъ пожаловалъ: наказанія жестокого не чинить и въ дальніе сибирскіе города въ тюрьму сослать не велѣлъ, а велѣлъ тебя Семена послать на Вологду и быть на князь Иванова мѣстѣ Черкасскаго“.

---

[1]) Онъ же девятисилъ (Inula Helenium).



Повидимому примѣненъ законъ 1552 г., который запрещалъ всякія сношенія съ колдунами подъ угрозой великой государевой опалы. Наказаніе это было неопредѣленное и зависѣло всецѣло отъ усмотрѣнія Царя, который въ данномъ случаѣ избралъ для своего любимца малое наказаніе. Впослѣдствіи въ своихъ челобитныхъ бояринъ Артемонъ Сергѣевичъ Матвѣевъ указываетъ на то, что Стрѣшневъ потерпѣлъ невинно по извѣту завистниковъ и враговъ [1]).

Слѣдующее дѣло переноситъ насъ въ эпоху Петра I и производилось въ 1708 году. Солдатъ Семеновскаго полка Алексѣй Григорьевъ страдалъ упадкомъ силъ, судорогами въ рукахъ и ногахъ и постояннымъ страхомъ смерти. По совѣту знакомыхъ онъ обратился къ рыбаку Максиму Афанасьеву, который занимался знахарствомъ. Тотъ принялся его лечить; сначала наговаривалъ на воду и этой водой его облилъ. Потомъ онъ далъ ему 2 корешка и велѣлъ съ одного умываться, а другой держать во рту. Когда это не помогло, Максимъ далъ больному наговорнаго лампаднаго масла, а затѣмъ повелъ его въ баню и наложилъ ему въ уши 2 кусочка воска, надъ которымъ онъ шепталъ свои молитвы и наговоры. Болѣзнь, однако, не проходила и больной обратился къ другому знахарю, который не только читалъ наговоры, но и заставлялъ больного усиленно молиться. Но Максимъ, не желая потерять выгоднаго паціента, который платилъ ему по гривнѣ за посѣщеніе, самъ пришелъ къ нему въ караульню. Узнавъ отъ Алексѣя, что скорбь попрежнему его одолѣваетъ, Максимъ потребовалъ его крестъ и, прилѣпивъ кусочекъ воску, велѣлъ беречь и носить. Этотъ разговоръ происходилъ шепотомъ, но другіе солдаты его подслушали и доложили капитану. Тотъ самъ явился въ караулку и сейчасъ же отправилъ знахаря и больного въ Преображенскій приказъ.

Алексѣя скоро освободили, относительно же Максима состоялось рѣшеніе: „1708 года, апрѣля въ 27 день. По указу

---

[1]) Афанасьевъ. Колдовство на Руси въ старину (Современникъ, 1851 г.).

Великаго Государя стольникъ князь Өедоръ Юрьевичъ Ромодановскій приказалъ тому рыбаку Максиму Афанасьеву за его плутовство, что онъ наговаривалъ на воду, и на масло и приходилъ къ солдату Алексѣю Григорьеву учинить наказаніе: вмѣсто кнута бить его плетьми нещадно и освободить на поруки, чтобы ему впредь не плутовать и не наговаривать шептами ни на что".

Приговоръ довольно правильный, такъ какъ Максимъ былъ не зелейщикъ, а простой шарлатанъ, каковыхъ и теперь по свѣту бродитъ множество.

Въ полномъ собраніи законовъ сохранилось рѣшеніе Сената, состоявшееся 12 іюня 1735 г. (№ 6748). По этому дѣлу было привлечено 10 женщинъ, обвиняемыхъ въ волшебствѣ; слѣдствіе велось съ большой строгостью и оговоренныхъ бабъ пытали по 3 раза. Выслушавъ экстрактъ дѣла, сенаторы приказали: 1) Полковницѣ Марьѣ Танской и ея невѣсткѣ Еленѣ Михайловой принять присягу въ томъ, что они колдовствомъ не занимались, къ колдуньѣ Настасьѣ Яковлевой не посылали, съ зелія не умывались и другимъ не приказывали этого дѣлать. 2) Настасью Яковлеву за то, что она малыхъ дѣтей пользовала шепотомъ, и шинкарку Настасью Степанову за то, что она къ ней для такого волшебства ѣздила, наказавъ на тѣлѣ, отослать въ дѣвичьи монастыри въ работу, гдѣ имъ быть вѣчно и безысходно, объявя имъ, что ежели онѣ изъ монастырей уйдутъ и будутъ пойманы, то онѣ казнены будутъ безъ всякой пощады. 3) Акулину Драниху, которая о себѣ показала, что она помогала отъ переполоху и ранъ шептаніемъ, наказавъ по тамошнему обычаю на тѣлѣ, отпустить на поруки, чтобъ ей впредь того не дѣлать подъ страхомъ смертной казни, ежели впредь въ томъ поймана и обличена будетъ. 4) Остальныхъ оправдать, ибо уликъ противъ нихъ никакихъ не имѣется и на пыткѣ онѣ ни въ чемъ не повинились „а что онѣ пытались,—порицать не велѣть". Одну изъ этихъ бабъ оговорили въ томъ, что она ночью ходила кругомъ церкви и шептала въ церковный замокъ. Для какой цѣли производилось это колдовство, изъ рѣшенія не видно.

Послѣднее дѣло, которое мы изложимъ въ настоящей главѣ, имѣло для подсудимаго роковой исходъ [1]).

5 Августа 1732 г. въ Симбирскую ратушу явилась молодая женщина, Варвара Петрова Ярова, и заявила, что Яковъ Яровъ, за котораго она вышла по неволѣ замужъ шесть мѣсяцевъ тому назадъ, занимается колдовствомъ. Какъ только начнетъ смеркаться, онъ уходитъ въ свой уголъ „бормоча, чинитъ какія-то волшебства“ и „еретическія книги и письма читаетъ“. Обо всемъ этомъ она говорила своему духовнику Никитѣ Андрееву и его сосѣду попу Никифорову Елифантову и они посовѣтовали ей обо всемъ донести начальству, чтобы „не остаться ей приличной вмѣстѣ съ мужемъ“.

Ратманы, выслушавъ это заявленіе, пришли къ убѣжденію, что это дѣло требуетъ особаго вниманія. Поэтому на мѣсто былъ посланъ земскій староста и нѣсколько понятыхъ, которые, придя въ домъ Ярова, накрыли его съ поличнымъ, въ то время какъ онъ сидѣлъ за своими травами. У него нашли разныя книги, письма, коренья, травы и кости человѣческія. Ярова связали и привели въ Ратушу и туда же принесли вещественныя доказательства. При допросѣ свидѣтелей оказалось, что Яровъ лечилъ очень многихъ отъ разныхъ болѣзней травами, которыя приносили больнымъ облегченіе. О томъ, что онъ занимался волшебствомъ, свидѣтели не подозрѣвали, такъ какъ онъ, давая свои лекарства, читалъ 3 молитвы, напечатанныя въ требникѣ. Эти объективныя данныя были, конечно, далеко недостаточны для обвиненія Ярова въ колдовствѣ. Но противъ него были показанія его жены, которая твердо стояла на первомъ объясненіи, и попа Никиты Андреева, утверждавшаго, что Яровъ на исповѣди не былъ, въ еретичествѣ не каялся и св. тайнъ не пріобщался. Главной же уликой было собственное сознаніе Ярова, который послѣ побоевъ и жестокой пытки наговорилъ на себя невѣроятныя вещи: „Еретическую книгу онъ имѣетъ

---

[1]) Д. Сапожниковъ. Симбирскій волшебникъ Яровъ. Изъ дѣлъ Московскаго архива Министерства Юстиціи. (Русскій архивъ. 1886 г. т. 3, стр. 382).

тому съ 9 лѣтъ“, „по этой невѣдомой книжкѣ онъ всегда и все дѣйство чинилъ“, а какъ изучилъ ее такъ и „отрекся по ней отъ Всетворца Истиннаго Бога, но при этомъ отъ Христа не отрекался“. „Дьявола и сатану чтитъ теперь владыками, клянется имъ быть постоянно въ ихъ дьявольской волѣ, призываетъ къ себѣ еретиковъ Діонисія и Варламія, идетъ по ихъ ученію и себя рабомъ ихъ на словахъ признаетъ“.

Каждый мыслящій человѣкъ долженъ понять, что подобное показаніе представляетъ собою бредъ сумасшедшаго или безсвязныя слова, которыя пыткой вырвали у несчастнаго человѣка. Но въ Симбирской ратушѣ признали, что обвиненіе доказано; поэтому, закончивъ слѣдствіе, передали все дѣло въ канцелярію воеводскаго правленія, откуда оно поступило въ канцелярію Симбирской Провинціи. Тамъ передопросили всѣхъ свидѣтелей, которые не только не уличали, но выгораживали Ярова; несмотря на такія показанія, данныя безпристрастными людьми, Ярова вновь били и пытали. На этомъ розыскъ былъ законченъ и представленъ въ губернскую канцелярію, которая, имѣя въ виду законъ 25 мая 1731 года, предписывающій жечь волшебниковъ, и основываясь на п. 1 гл. I уложенія опредѣлила: казнить Ярова смертью. 18 марта 1736 года этотъ приговоръ былъ исполненъ, и при большомъ стеченіи народа Яровъ былъ сожженъ.

Изъ всѣхъ дѣлъ о колдовствѣ, которыя дошли до насъ, это едва ли не самое темное. Какую роль играла во всемъ этомъ процессѣ жена подсудимаго? Невольно возникаетъ подозрѣніе, что это обвиненіе было средствомъ отдѣлаться отъ нелюбимаго мужа. Чего добивались попы, давшіе ей совѣтъ подать извѣтъ по начальству? Наконецъ, чѣмъ, кромѣ ужасовъ застѣнка, можно объяснить безсвязныя и безсмысленныя рѣчи подсудимаго?

Настоящій процессъ велся въ далекой провинціи, но Синоду и Сенату было хорошо извѣстно по донесеніямъ о его ходѣ; несмотря на это, изъ С.-Петербурга не послѣдовало ни малѣйшаго указанія, чтобы обуздать рвеніе необразованныхъ и жестокихъ судей. Видимо крѣпка еще была вѣра въ силу

колдовства и въ цѣлесообразность пытки. Для историка же это дѣло служитъ доказательствомъ того, что еще въ 1-й половинѣ XVIII вѣка можно было поплатиться жизнью за изученіе травъ и леченіе больныхъ.

г) *Гаданіе.*

Къ числу наиболѣе прибыльныхъ занятій колдуновъ относились и всевозможныя гаданія, чтобы узнать будущее и скрыть завѣсу со всего неизвѣстнаго. Мы уже встрѣчались съ этими гаданіями въ постановленіяхъ Константинопольскаго собора, въ стоглавѣ и въ уставѣ благочинія. Въ этихъ законодательныхъ памятникахъ упоминается, что колдуны гадали по ладони рукъ, по водѣ, налитой въ сосудъ, по облакамъ, по звѣздамъ, по псалмамъ Давида, по Евангелію и по именамъ мучениковъ и Богородицы. Такимъ путемъ они толковали сны, гадали о счастьи и несчастьи, давали указаніе, какъ пріобрѣсти деньги (получаи), какъ розыскать краденное или скрытый въ землѣ кладъ. Эти гаданья были чрезвычайно разнообразны, потому что вся жизнь русскаго общества съ XV по XVIII вѣкъ была полна суевѣрій.

Сахаровъ [1]) описываетъ слѣдующія гаданія: на картахъ, на кофе, на псалтырѣ, на решетѣ, на яйцахъ, на иглахъ, на воскѣ, на свинцѣ, на водѣ, на бобахъ [2]), на курицѣ и передъ зеркаломъ.

При такой популярности гаданій неудивительно, что они были приведены въ систему и описаны въ книгахъ и гадальныхъ тетрадкахъ. Всю эту литературу, носившую общее названіе „Рафли", Стоглавъ призналъ особо вредной и вызвалъ противъ нея гоненіе. Книги подъ заглавіемъ „Аристотелевы врата", „Шестокрылъ", „Зодѣй", „Альманахъ", „Звѣздочеты" были признаны имъ за „еретическія хитрости", а колдуновъ, которые этимъ путемъ соблазняли народъ, Соборъ предлагалъ казнить. Духовенство запрещало не только гаданія, соединенныя съ обманомъ и служившія источникомъ дохода для

[1]) Сказанія русскаго народа, I, стр. 126.

[2]) Вѣроятно отсюда возникла поговорка „бобы разводить".



колдуновъ, но и всевозможныя народныя гаданья, которыми тѣшилась молодежь, какъ напримѣръ, литье олова или воска на Святкахъ, гаданье на счастье при новолуніи и т. д. Но, несмотря на запрещенія, эти забавы сохранились понынѣ.

Какъ мы видѣли, предложеніе Собора о смертной казни чародѣевъ не было принято Царемъ, но въ теченіе XVI, XVII и XVIII вѣка процессы возникали противъ колдуновъ за производство гаданій и владѣніе гадальными тетрадями. Мы уже видѣли изъ дѣла колдуна Евтюшки, что царская постельница Ирина обращалась къ колдуну за розыскомъ бѣглой дѣвки Аринки, которая ее обокрала. Въ этомъ дѣлѣ гаданье съ цѣлью розыскать вора было привходящимъ обстоятельствомъ; теперь же мы изложимъ нѣсколько небольшихъ дѣлъ, въ которыхъ подсудимые были осуждены исключительно за гаданіе или за имѣніе у себя гадальныхъ тетрадей [1]).

Въ 1750 г. въ Харьковскомъ духовномъ правленіи возникло дѣло объ одномъ изъ жителей села Люботина Несторѣ Леонтьевѣ 15 л., который выдавалъ себя за знахаря, способнаго узнавать дѣла сокровенныя. При допросѣ Несторъ показалъ, что онъ „упырь родимый“: „какъ родился, то по сказкѣ его воспріемной бабки запросилъ пить, дѣйствуетъ онъ ночью, въ полночь встаетъ и идетъ къ водѣ и смотритъ, и тамъ видитъ одну звѣзду, въ которой звѣздѣ, ежели у какого человѣка учинится воровство, покажется“ [2]). Потомъ сознался, что „онъ не упырь, а обыкновенный человѣкъ, волшебническаго званія и бѣсовскаго откровенія о тайныхъ вещахъ никакого не имѣетъ, но манитъ народъ ради единаго прибытка съ прошлаго голоднаго 1748 года, ради прокормленія“.

Консисторія, въ виду несовершеннолѣтія подсудимаго, отослала его въ Святогорскій монастырь, приказавъ „содержать его въ монастырской работѣ неисходно и смотрѣть, чтобъ онъ никому никакихъ суевѣрныхъ бредней не объяв-

---

[1]) А. Э. III. № 0176.

[2]) Лебедевъ. Бѣлгородскіе Архіереи, стр. 95.



лялъ и дѣйствія никакого не чинилъ, а ходилъ въ церковь Божію".

Въ 1628 г. у церковнаго дьячка Семена Григорьева были найдены гадальныя тетради „Рафли". За эту провинность онъ былъ высланъ въ Нижегородскій Печерскій монастырь, гдѣ онъ, будучи закованъ въ ножные кандалы, занимался черными монастырскими работами въ теченіе года [1]).

28 февраля 1724 г. у одного попа взяты были заговорныя его руки записи [2]). Попъ отзывался, что онъ, списавъ эти записи, никакого по нимъ дѣйствія не имѣлъ. Но Дикастерія ему не повѣрила и признала по 36 правилу Св. Помѣстнаго Собора иже въ Лаодикіи, что попъ долженъ быть лишенъ сана; но въ виду манифеста по случаю кончины Императора Петра I опредѣлила: наказать его плетьми и сослать въ монастырь, предписавъ содержать его въ тяжкихъ трудахъ.

e) *Талисманы.*

Излагая процессы о чародѣйствѣ, нельзя не упомянуть о дѣлахъ, въ которыхъ основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія послужили найденныя у подсудимыхъ талисманы, т. е. предметы, которые они носили при себѣ, считая, что въ нихъ заключается таинственная сила. Эти дѣла были отнесены къ разряду дѣлъ о колдовствѣ, такъ какъ съ одной стороны талисманы представляли собою особый родъ чаръ, а съ другой колдуны и чародѣи занимались изготовленіемъ и торговлей всевозможными ладонками, амулетами и т. п. предметами.

Излагая постановленія Константинопольскаго Собора и Стоглава, мы упоминали о нѣкоторыхъ талисманахъ, осужденныхъ церковью. Медвѣжатники торговали волосами медвѣдей, утверждая, что это хорошее средство противъ дурного

---

[1]) А. А. Э. III. № 176. Ланге. Древне русское уголовное судопроизводство, стр. 103.

[2]) Розановъ. Исторія Московскаго Епархіальнаго Управленія. I, стр. 219.



глаза. Еще болѣе сильнымъ талисманомъ отъ всякаго колдовства почиталась четверговая соль, которая лежала на алтарѣ. Средство это было яко бы настолько дѣйствительнымъ, что нѣмецкимъ инквизиторамъ вмѣнялось въ обязанность носить ее при себѣ вмѣстѣ съ освященнымъ воскомъ, дабы вѣдьмы, подвергаемыя пыткѣ, не могли оказать на судей вреднаго вліянія [1]). Хотя найденные нами процессы немногочисленны, но даже изъ нихъ можно убѣдиться въ разнообразіи существовавшихъ талисмановъ.

Въ 1752 г. въ г. Харьковѣ мѣстный житель Рибасовъ запьянствовалъ въ шинкѣ и остался ночевать въ каморѣ у шинкарки Морозихи [2]). Казачій атаманъ, обходившій городъ съ ночнымъ дозоромъ, вошелъ въ 2 часа ночи въ эту камору, забралъ гостя и хозяйку и доставилъ ихъ въ полковую канцелярію; арестованные показали, что они спали явно и что Рибасовъ потому единственно и остался у шинкарки, что крѣпко захмѣлѣлъ. Канцелярія „приличности" въ прелюбодѣяніи не признала и отпустила Рибасова, но у Морозихи въ кошелькѣ нашли сушеную жабу и частицы священнаго артоса. О жабѣ арестантка объяснила, что взяла ее отъ бабы Агафьи, чтобы лучше торговать виномъ; артосъ же она выпросила у сосѣдки для своей больной дочери. Въ храненіи сушеной лягушки начальство усмотрѣло признаки чародѣянія и передало дѣло о Морозихѣ и Агафьѣ въ Харьковское духовное правленіе. Тамъ состоялось слѣдующее рѣшеніе: Агафьѣ велѣно ходить въ соборную церковь въ теченіе недѣли съ набитою на ногу колодкою; а Морозихѣ опредѣлить отъ отца духовнаго епитимію-молитву, постъ и колѣнопреклоненіе; имѣющуюся у нея въ платкѣ часть артоса въ притворѣ церковномъ спалить, а жабу бросить въ скрытое мѣсто (Изъ дѣлъ Харьковской духовной консисторіи).

Въ 1753 г. драгуны Рыльскаго полка Никита Чертковъ

---

[1]) Holzinger. Das Delict der Zauberei. (Gross Archiv. XV. s. 330).

[2]) Лебедевъ. Бѣлгородскіе архіереи, стр. 97. Изъ дѣлъ Харьк. Дух. консисторіи.



и Иванъ Лагутинъ были признаны виновными въ волхованіи „для счастья“ родильной младенческою рубахою. По приговору Бѣлгородской духовной консисторіи повелѣно было: „учинить имъ по силѣ военнаго артикула тѣлесное наказаніе по разсмотрѣнію военнаго начальства“. Въ чемъ состояло ихъ колдовство изъ дѣла не видно. Вѣроятно подсудимые носили при себѣ въ видѣ талисмана родильную рубашку (amnion, Schafhautchen). Это суевѣріе очень древнее. Излагая постановленія Константинопольскаго собора, мы упомянули, что игуменъ монастыря Осіи былъ извергнутъ изъ сана за то, что носилъ за пазухой сорочку новорожденнаго. То же суевѣріе осудилъ и Стоглавъ. Вѣра въ таинственную силу этой кожицы долго держалась въ народѣ и послужила основаніемъ для поговорки „счастливъ какъ человѣкъ, который въ сорочкѣ родился“.

Третье дѣло переноситъ насъ на сѣверъ въ Владимірскую губернію [1]). У содержавшагося подъ карауломъ Суздальскаго уѣзда, села Малой Порзни, попа Ивана Иванова найденъ зашитый въ воротникѣ рубахи корень неизвѣстнаго растенія, который тотъ попъ носилъ, по его заявленію, отъ „ускопной болѣзни“ (отъ которой тѣ корни и дали ему облегченіе), добывъ его отъ невѣдомаго крестьянина Нижегородскаго уѣзда. Кромѣ того найдены были неизвѣстные коренья, зашитые въ его шапкѣ, въ воскѣ, о которыхъ попъ сказалъ, что не знаетъ откуда они взялись. Преосвященный Іоакимъ самъ „не смѣлъ“ лишить Иванова по этимъ даннымъ священнослуженія и донесъ обо всемъ въ С.-Петербургъ. 7 ноября 1728 г. Св. Синодъ опредѣлилъ: „поручить преосвященному Іоакиму онаго попа допросить по духовности предъ собою съ пристрастіемъ, обстоятельно и изслѣдовать достовѣрно безъ упущенія и, если попъ признаетъ себя виновнымъ, то немедленно донести“. Исходъ дѣла неизвѣстенъ.

Послѣднее дѣло, относящееся къ настоящему отдѣлу,

---

[1]) Описаніе документовъ и дѣлъ, хранящихся въ Архивѣ Свят. Прав. Синода, т. VIII, стр. 439—440.



интересно для насъ, въ виду слабаго наказанія, назначеннаго подсудимому. 16 декабря 1726 г. бывшій Новогородскій ландрихтеръ Иванъ Мякининъ за держаніе у себя въ домѣ приличныхъ къ волхованію и заговорныхъ писемъ, травъ и кореньевъ былъ приговоренъ учинить при народномъ собраніи церковное покаяніе, оные же травы, коренья и письма велѣно было уничтожить съ публичнымъ поруганіемъ [1]).

Число травъ и кореньевъ, служившихъ талисманами, безконечно; поэтому, чтобы закончить настоящую главу, намъ кажется не лишнимъ перечислить тѣ изъ нихъ, которые имѣютъ отношеніе къ суду и процессамъ [2]).

Трава Царь-Симъ, она же Царь-Силъ, Царь-зелье (delphinium cuneatum, d. elatum). „Сильна ко всему". „Кто держитъ эту траву, того боятся всѣ суды и всѣ земли".

Хавинъ. Эту траву нужно рвать чрезъ обручальное кольцо въ ночь на Ивановъ день (23 іюня). Она помогаетъ отъ безплодія и излечиваетъ порчу. Кто ею обладаетъ, тому нечего бояться колдуна; въ судѣ онъ возьметъ верхъ надъ своимъ противникомъ.

Архилипъ обладаетъ тѣми же свойствами; его нужно рвать, имѣя при себѣ золотую гривну.

Царевы очи имѣютъ тѣ-же качества, кто эту траву нашелъ, тотъ „непрямымъ судомъ осужденъ не будетъ и супостата своего побѣдитъ".

Черемица (лѣсной чеснокъ, allium ursinum) на концѣ ея корней растутъ горошки; если эти горошины носить на себѣ, то „судья встанетъ съ мѣста и судить не можетъ".

Одоленъ трава, она-же кубышечки (nymphea alba, nénuphar), ограждаетъ человѣка отъ ябедъ.

Чистотѣлъ (большой cheli donium majus, малый ch. minus, ficaria ranunculsides). Кто эту траву при себѣ носитъ, тотъ будетъ жить со всѣми въ мирѣ и останется правымъ на судѣ [3]).

---

[1]) Полн. Собр. Пост. и Расп. по вѣдом. Прав. церкви, т. V, стр. 1874.

[2]) Противосудейскія травки (Судебная Газета, 1884 г., № 3).

[3]) Забѣлинъ, Русскій народъ, стр. 436.



Смыка. Ее необходимо положить подъ правую пазуху, если станешь просить деньги взаймы, отказа въ такомъ случаѣ не будетъ.

ж) Чары при розыскѣ клада.

Къ числу занятій чародѣевъ принадлежало также гаданье о томъ, гдѣ спрятаны драгоцѣнные клады, и доставленіе талисмановъ для розыска этихъ сокровищъ. Въ старину, когда банковъ и сберегательныхъ учрежденій не было, а цѣнности состояли не въ кредитныхъ билетахъ, а звонкой золотой и серебряной монетѣ, зажиточные люди нерѣдко прятали свои сокровища въ боченкахъ, которые они зарывали въ укромныхъ мѣстахъ. Также поступали и разбойники, которые не имѣли другого способа, чтобы сберегать свои награбленныя богатства. При такихъ условіяхъ неудивительно, что многія лица лелѣяли мечту найти кладъ, а люди болѣе энергичные принимали мѣры къ розыску скрытыхъ въ землѣ сокровищъ. Это тѣмъ болѣе понятно, что въ особенности въ Поволжьѣ живо было преданіе, что въ данной мѣстности зарыты груды золота. Добыть эти сокровища очень трудно, потому что ихъ клали въ землю съ зарокомъ. Благодаря этому, только тотъ можетъ прикоснуться къ кладу, кто знаетъ, какъ снять наложенные на него чары. Нерѣдко приходится принести жертву, состоящую изъ теплой человѣческой крови, чтобы умилостивить злого духа, стерегущаго кладъ. Результатомъ этого вѣрованія бывали убійства, которыя встрѣчаются даже въ наши дни [1]). Другое средство добраться до клада это пріобрѣсти „Разрывъ Траву", она же прыгунъ и скакунъ [2]). Эта трава очень рѣдкая и цѣнная, ибо народъ вѣритъ въ ея силу. Она разрываетъ желѣзо, сталь, золото, серебро и мѣдь. А такъ какъ по преданію разбойники зарывали награбленное имущество въ землю на извѣстное число лѣтъ, запирали двери пещеры или погреба желѣзными дверями съ огром-

---

[1]) Примѣры приведены въ моей статьѣ Aberglaube und Verbrechen. См. также сказку Гоголя „Ночь на Ивана Купала".

[2]) Сахаровъ, Сказанія русскаго народа, I, стр. 93.



ными замками, а ключи бросали въ воду, то и вѣрили, что замки эти можно открыть таинственной „разрывъ-травой“. Поэтому кладоискатели старались пріобрѣсти ее, хотя бы за большія деньги.

При такомъ общемъ интересѣ къ вопросу о кладахъ, понятно, что онъ оставилъ слѣдъ въ исторіи русскаго законодательства. 15 ноября 1723 г. [1]) былъ опубликованъ Сенатскій указъ о допросѣ воровъ, разбойниковъ и другихъ по ссылкѣ ихъ на то, что имъ извѣстно, гдѣ кладъ зарытъ. „Если эти лица, говорится въ законѣ, будутъ сказывать за за собою Государево слово и показывать, гдѣ въ дальнихъ мѣстахъ какія золотыя и серебряныя руды и какія поклажи, то ихъ о томъ распрашивать съ яснымъ доказательствомъ; а по распросѣ поступать съ ними, какъ указы повелѣваютъ; а самихъ ихъ на мѣсто не посылать и въ томъ имъ не вѣрить“.

По вопросу о розыскѣ кладовъ мы нашли въ литературѣ [2]) одинъ процессъ XVIII вѣка, въ которомъ подсудимые надѣялись поднять кладъ при помощи талисмана „разрывъ-трава“. Дѣло это чрезвычайно характерно как по своимъ бытовымъ подробностямъ, такъ и по произнесенному приговору.

Въ канцелярію Сенатскаго правленія въ Москвѣ 15 іюня 1715 г. явился крестьянинъ Воротынскаго уѣзда, дер. Орѣшковой, Ларіонъ Ѳедотовъ и подалъ начальнику канцеляріи стольнику Юрію Шишкину доносъ, въ которомъ онъ заявилъ, что нѣсколько времени тому назадъ ему пришлось слышать отъ одного крестьянина, будто онъ знаетъ погребъ и въ немъ масса сокровищъ; но погребъ этотъ запертъ замкомъ, который залитъ оловомъ. Взять этотъ кладъ можно только при помощи „разрывъ-травы“. Въ тотъ же день въ приказъ зашелъ отъ того же уѣзда Симонъ Захарьевъ и объяснилъ, что крестьянина, который „погребъ знаетъ и

[1]) Полн. собр. зак. 15 ноября 1723 г., № 4367.

[2]) А. А. Голомбіевскій. Изъ прошлаго. (Изъ дѣлъ Прав. Сената, хранящихся въ Моск. Арх. Мин. Юст.) Историч. Вѣстн. 1890 г., т. 42, стр. 842.



поклажу смотрѣлъ", зовутъ Василіемъ Аринкинымъ (онъ родомъ изъ Боровскаго уѣзда, и приписанъ къ деревнѣ Льва Кирилловича Нарышкина).

Изъ распросовъ удалось выяснить, что слухъ о кладѣ носился въ Воротынскомъ и сосѣднихъ уѣздахъ. По секрету онъ передавался отъ одного къ другому. Заинтересовались имъ попы, которые стали энергично розыскивать „разрывъ-траву". Наконецъ, Симонъ Захарьевъ сообщилъ попу Саввѣ Ѳедорову, Мосальскаго уѣзда, что у него „разрывъ-трава" есть. Но тутъ обнаружилось, что погреба никто найти не можетъ. Тогда попъ Симонъ, видя, что надежды пріобрѣсти состояніе рушились, разсвирѣпѣлъ и подалъ доносъ, стараясь довести другихъ лицъ до кнута и застѣнка.

По приказанію Сенатской Канцеляріи на мѣсто былъ командированъ поручикъ Макуловъ, который ничего не узналъ, но привезъ 3-хъ поповъ и 9 крестьянъ.

Крестьянинъ Аринкинъ при допросѣ показалъ, что крестьянинъ Дементьевъ говорилъ ему, что въ Мещовскомъ уѣздѣ, близъ Юхнова Монастыря, есть погребъ съ сокровищами. Онъ велѣлъ найти „разрывъ-траву" и обѣщался довести его до погреба, въ томъ цѣловалъ ему образъ. Розыскивая эту траву, онъ узналъ въ Калугѣ отъ крестьянина Кондратія Житка, что такая трава есть у попа Симона. Вмѣстѣ они пошли къ попу и взяли съ собою замокъ, ибо Кондратій говорилъ, что разрывъ-трава разорветъ тотъ замокъ. Выпивъ водки въ кружалѣ, они трое и Ларіонъ Федотовъ вошли въ избу; попъ взялъ замокъ и положилъ на полку за образа; потомъ вышелъ наружу и принесъ кувшинчикъ съ травою; вынувъ траву, онъ положилъ ее на руку Аринкина и на нее замокъ, а затѣмъ приказалъ ему класть земные поклоны. Когда Аринкинъ, положивъ 3 поклона, всталъ, то замокъ у него съ руки сбросило и дугу замка вырвало. Тогда Ларіонъ, забравъ траву, унесъ ее на дворъ. Попъ Симонъ показалъ, что разрывъ травы никакой не было; въ кувшинѣ была простая крапива, а замокъ разорвало, ибо въ немъ былъ положенъ порохъ.

Канцелярія Сенатскаго правленія не нашла подходящаго

дѣла изъ практики, въ уложеніи же такой статьи „которые люди будутъ въ приводехъ съ травами и тѣми травами производили дѣла, что имъ чинить не напечатано". Не нашлось дѣла также въ земскомъ приказѣ.

19 августа 1715 г. стольникъ Шишкинъ съ товарищи приказали: 1) всѣхъ поповъ отослать въ Патріаршій духовный приказъ, преосвященному Крутицкому и Сарскому для учиненія имъ указа по правиламъ Св. отецъ; 2) крестьянъ Тараса Павлова и другихъ наказать кнутомъ за то, что они про погребъ съ сокровищами и про траву-разрывъ другъ другу сказывали, а подлинно до того погреба не довели, и отдать ихъ помѣщикамъ съ роспискою; 3) доносителя Ларіона Ѳедотова и крестьянина Аринкина разспросить съ пристрастіемъ въ застѣнкѣ; а буде они станутъ говорить прежнія рѣчи, то въ томъ и пытать. 2 сентября оба были пытаны, дано по 15 ударовъ плетьми, но они ничего не прибавили. Тогда 9 сентября постановлено рѣшеніе: обоихъ наказать плетьми: Аринкина за то, что „онъ за цѣлованіемъ Св. иконы, погреба съ сокровищемъ нигдѣ не указалъ", а Ларіона Ѳедотова за то, что, „разорвавъ замокъ порохомъ, онъ Василію говорилъ подлогомъ, будто травою-разрывомъ, хотя про тотъ погребъ со сокровищемъ вѣдалъ". Приговоръ немедленно былъ исполненъ.

Это рѣшеніе чрезвычайно характерно. Сами судьи признали, что то дѣяніе, которое вмѣняется подсудимымъ въ вину, въ законѣ не описано; тѣмъ не менѣе они подвергли всѣхъ подсудимыхъ тѣлесному наказанію. Повидимому въ тѣ годы сфера судейскаго усмотрѣнія была шире, чѣмъ въ наши дни. Поэтому судьи не очень стѣснялись тѣми рамками, которыя были указаны въ законѣ, и нерѣдко дѣйствовали какъ Богъ имъ на душу положитъ.

Въ заключеніе этой главы мы должны упомянуть дѣло, которое возникло въ 1700 г. среди членовъ царской семьи [1]). Въ числѣ лицъ, недовольныхъ новымъ правленіемъ были и Царевны, потому что Петръ, желая беречь деньги на рас-

---

[1]) Соловьевъ, Русская Исторія, XV, стр. 122—4.



ходы государственные, сильно урѣзалъ суммы, отпускаемыя на содержаніе Царской семьи. Нужда въ теремѣ дошла до того, что Царевна Екатерина Алексѣевна просила взаймы деньги у частныхъ лицъ. Но богачи, дававшіе деньги въ ростъ, были осторожны и не заключали займовъ до полученія обезпеченія; между тѣмъ, Царевна ничего не могла заложить. Кончилось тѣмъ, что она стала розыскивать клады. Благодаря этому у ней установились отношенія съ Костромскимъ попомъ Григоріемъ Елисѣевымъ. Но на этого попа донесли, что у него въ домѣ много дворцовой посуды съ орломъ. Его забрали въ Преображенскій приказъ и началось строгое слѣдствіе съ кнутомъ и пыткою.

Царевна призналась Петру, что попъ Гришка былъ у нея, потому что онъ по планетамъ клады розыскиваетъ. Гришка сознался, что планетныя тетради у него были и что онъ по планетамъ клады узнаетъ, но царевнѣ онъ клада не нашелъ, а говорилъ „для взятку“. Старыя постельницы Царевны, чрезъ которыхъ она сносилась съ Гришкой, также были вызваны въ приказъ и объяснили, что Царевна, дѣйствительно, искала клады, но неудачно. Посылали сначала дворцоваго сторожа Измайловскаго въ какую-то деревню верстъ 200 отъ Москвы, такъ какъ какой-то Васька Черновъ сказалъ ему, что у знакомаго ему мужика кладъ зарытъ въ сараѣ подъ досками. Когда же они прибыли на мѣсто, то Черновъ не только клада, но даже дома указать не могъ. Затѣмъ рыли землю въ селѣ Коломенскомъ подъ Москвой, на погостѣ около церкви Іоанна Предтечи; но нашли только человѣческія кости.

Чѣмъ кончилось дѣло, къ сожалѣнію, неизвѣстно.

з) Чары при пыткѣ.

Съ водвореніемъ въ Россіи инквизиціоннаго процесса, т. е. приблизительно съ XV вѣка, повсюду появились пытки. Лица, которыхъ допрашивали въ застѣнкѣ, терпѣли страшныя муки, такъ какъ судьи не знали ни жалости, ни мѣры въ истязаніяхъ. Изъ дѣла колдуна Евтюшки мы видѣли, что

двое изъ обвиняемыхъ умерли въ застѣнкѣ, не стерпѣвъ пытки, которая нерѣдко продолжалась цѣлый день отъ ранней обѣдни до вечерни. Главными орудіями пытки были дыбъ и плети, а при противорѣчіи, усмотрѣнномъ въ показаніяхъ, пытали огнемъ. Такому допросу подвергали всѣхъ крупныхъ преступниковъ, разбойниковъ, обвиняемыхъ въ убійствахъ, и людей, подозрѣваемыхъ въ чародѣйствѣ. Безъ застѣнка не производилось серьезнаго процесса. Неудивительно, поэтому, что суевѣрные и необразованные люди того времени прибѣгали къ чарамъ, надѣясь оттерпѣться такимъ образомъ. Насколько эта вѣра была распространена, видно изъ того, что въ Литовскомъ Статутѣ (раздѣлъ 14, арт. 18, § 1 и 2) упоминается о подобномъ колдовствѣ. „Если подсудимый, говоритъ законъ, послѣ троекратной пытки не повинится, то ему за каждую пытку должно уплатить штрафъ. Если же этотъ воръ по своему колдовству спалъ во время таковаго допроса и не чувствовалъ мученія, а при немъ были найдены колдовскія средства во рту, въ волосахъ на головѣ, подъ мышками и въ другихъ мѣстахъ, то не должно ему платить штрафа".

Эти воззрѣнія суевѣрныхъ законодателей мы находимъ и въ дѣлахъ.

Въ 1721 г. въ г. Каменцѣ [1]) производилось дѣло о крѣпостномъ человѣкѣ, котораго помѣщикъ обвинялъ въ кражахъ и сношеніяхъ съ разбойниками. Во время пытки дыбомъ и огнемъ обвиняемый не показалъ признаковъ страданія. Отсюда судъ заключилъ, что онъ имѣлъ при себѣ чары и вслѣдствіе этого проявилъ во время пытки терпѣніе, несвойственное людямъ. Поэтому судъ не оправдалъ его, какъ бы слѣдовало ожидать по результатамъ пытки, а, напротивъ, основываясь на свидѣтельскихъ показаніяхъ, приговорилъ къ смертной казни.

Изъ практики русскихъ судовъ мы можемъ привести два дѣла, въ которыхъ была рѣчь о подобныхъ чарахъ. Въ Астрахани въ 1591 г. пытали чародѣевъ, сгубившихъ крымскаго царевича Муратъ-Гирея. Посланный туда Астафій Пушкинъ

---

[1]) Антоновичъ, Колдовство. Кіевъ, 1877 г.



велъ розыскъ и жестоко пыталъ колдуновъ. Но, по словамъ лѣтописца, вѣдуны морочили своихъ палачей, отводили имъ глаза и до тѣхъ поръ оставались нечувствительными къ мукамъ, пока хитрый лѣкарь не научилъ заплечныхъ мастеровъ бить кнутомъ по стѣнѣ [1]).

Второе дѣло содержитъ не только басни и слухи, передаваемые лѣтописцами, но уже положительные факты. Въ 1648 г. пытали въ застѣнкѣ устюжанина Ивашку, онъ же по прозвищу Солдатъ. Во время розыска палачи вынули у него изъ-подъ пяты какой-то камень. Тогда подсудимый повинился, что разбойникъ Бубенъ, который сидѣлъ съ нимъ въ тюрьмѣ, научилъ его вѣдовству, чтобы оттерпѣться отъ пытки. Для этого надо наговаривать на воскъ такія слова: „небо лубяно и земля лубяна, и какъ на землѣ мертвые не слышатъ ничего, такъ бы я (имя рекъ) не слыхалъ жестокости и пытки“ [2]).

Заканчивая настоящій отдѣлъ, мы должны упомянуть о томъ, что въ Западной Европѣ при пыткѣ вѣдьмъ на нихъ по распоряженію суда надѣвали особые амулеты, чтобы такимъ путемъ уничтожить ту нечувствительность къ боли, которою наградилъ ихъ сатана [3]).

Б) Прочіе виды суевѣрій.

а) Слѣды язычества.

Съ 1732 по 1734 годъ въ Святѣйшемъ Синодѣ производился рядъ дѣлъ объ идолопоклонническихъ обычаяхъ, существующихъ среди крестьянъ Копорскаго уѣзда. Дѣла эти начались по доносу одного изъ мѣстныхъ священниковъ и производились цѣлыхъ 2 года, причемъ на мѣста посылались слѣдователи съ воинской командой. При провѣркѣ на мѣстѣ оказалось, что во многихъ деревняхъ этого уѣзда бываютъ

---

[1]) Афанасьевъ, Миѳологическія воззрѣнія славянъ, т. III, стр. 623; Соловьевъ, VIII, стр. 376.

[2]) Афанасьевъ, III, стр. 678.

[3]) Soldan. Hexenprocesse.

молебны у крестовъ и рѣчныхъ камней съ жертвоприношеніями: пива, быковъ, овечьихъ головъ, пироговъ и т. п. Мясо битаго скота крестьяне дѣлятъ между собою и съѣдаютъ. Эти собранія происходятъ лѣтомъ чаще всего въ воскресенье передъ Ильинымъ днемъ или въ праздникъ того святого, образъ котораго выставленъ въ мѣстной часовнѣ. Нѣкоторыя изъ этихъ жертвоприношеній настолько характерны по своимъ подробностямъ, что мы считаемъ нелишнимъ ихъ описать подробнѣе.

Въ деревнѣ Костоловѣ, въ день св. пророка Ильи кр-не собирались у сруба, въ которомъ былъ устроенъ большой дубовый крестъ. Тамъ они молились при зажженныхъ свѣчахъ; затѣмъ пили общее пиво и ѣли мясо барана. На второй день каждый изъ нихъ добывалъ изъ рѣки камень и клалъ его около креста въ честь пророка Ильи.

Въ деревнѣ Пески кр-не въ день св. Петра и Павла собирались у креста подъ дубомъ. Туда они приносили изъ церкви иконы, молились, а потомъ обливали крестъ и иконы пивомъ. Въ день Успенія Богородицы тѣ же крестьяне собирались у деревянной часовни, молились, а затѣмъ ѣли принесенныя съ собою явства (сыръ, масло, пироги и пили пиво).

Въ деревнѣ Волговичъ въ праздники Воздвиженія Креста и св. Флора и Лавра крестьяне собирались около часовни, въ которой былъ водруженъ крестъ, туда они приносили иконы и около нея разставляли своихъ лошадей. Послѣ молитвы они обливали крестъ и образъ Флора и Лавра пивомъ, а народъ и лошадей кропили водой. Кромѣ того они приносили пѣтуховъ, кололи ихъ, головы и кости клали у креста, а отъ явствъ своихъ тамъ же клали кусочки. Въ воскресенье передъ Ильинымъ днемъ они кололи на дворѣ своего старосты, близъ этой часовни, быка, и мясо дѣлили между собою.

Въ деревнѣ Лужицы обнаружено было суевѣріе особаго рода. Въ Филиппово заговѣнье (14 ноября) дѣти въ возрастѣ

---

[1]) Полное собр. пост. и расп. по вѣдомству православнаго исповѣданія Россійской Имперіи. Т. VIII. Спб. 1898 г. №№ 2748, 2749, 2769, 2770, 2784.



4—10 лѣтъ собирались около большого сѣраго камня, который лежитъ на берегу рѣки. Зарѣзавъ пѣтуха, они бросали его голову на камень, а пѣтуха варили и мясо его ѣли. Этотъ обрядъ исполнялся каждый годъ, при чемъ родители дѣтей по очереди жертвовали пѣтуха. Эта жертва приносилась, чтобы умилостивить камень, который иначе сталъ бы топить въ рѣкѣ дѣтей и скотъ.

Допрошенные по поводу всѣхъ этихъ суевѣрій крестьяне повинились и объяснили, что „де все это они чинили для того, что и дѣды, и отцы ихъ такъ творили, чая себѣ отъ Бога милости, и дѣлали то съ простоты, а учителей на то ихъ суевѣрство не было и не имѣется“.

Правительствующій Синодъ отнесся къ ихъ поступкамъ довольно строго и велѣлъ всѣхъ крестьянъ, уличенныхъ въ такихъ суевѣрныхъ и идолопоклонническихъ дѣйствіяхъ, наказать плетьми нещадно, а главнымъ виновникамъ наказаніе присугубить. Означенный камень велѣно было уничтожить. А такъ какъ подобныхъ камней по берегамъ сѣверныхъ рѣкъ не мало, то Синодъ приказалъ истреблять тѣ изъ нихъ, относительно которыхъ было подозрѣніе, что они служили для суевѣрныхъ обрядовъ. Эти факты для насъ чрезвычайно интересны, какъ остатки языческихъ обрядовъ, которые приладились къ христіанскому культу, но не исчезли изъ памяти народной.

Въ заключеніе этого отдѣла необходимо сказать, что подобныя жертвоприношенія практиковались и въ XIX вѣкѣ. Напримѣръ, относительно зырянъ Вологодской губерніи намъ извѣстно, что въ день пророка Ильи они приносятъ въ жертву быковъ, барановъ и другихъ четвероногихъ. Назначенное въ жертву животное загоняютъ въ церковную ограду, закалываютъ и варятъ въ большомъ котлѣ. Одну половину мяса крестьяне берутъ себѣ, а другую отдаютъ церковно-служителямъ. Если сравнить этотъ фактъ съ вышеизложенными дѣлами Синода, то сходство получится поразительное. То же время празднества и та же форма жертвы, состоящая въ общей трапезѣ, во время которой съѣдаютъ принесенное въ жертву животное.

На Кавказѣ существуетъ однородный обычай. Въ дни престольныхъ праздниковъ въ наиболѣе чтимыхъ монастыряхъ грузины, имеретины и мингрельцы собираются толпами и приводятъ съ собою барановъ. По окончаніи богослуженія баранамъ водружаютъ на рогахъ зажженныя восковыя свѣчи, обводятъ этихъ барановъ вокругъ храма 3 раза, потомъ закалываютъ тутъ же около монастыря и жарятъ шашлыки, обильно запивая это любимое кушанье кахетинскимъ виномъ.

б) Обманы.

Суевѣрные люди всегда особенно часто дѣлались жертвою обмана; недаромъ въ Уставѣ и Уложеніи о наказаніяхъ до сихъ поръ сохранились статьи 175 и 1671, которыя говорятъ объ обманѣ при помощи суевѣрныхъ обрядовъ. Какъ примѣръ подобнаго рода дѣлъ, мы приведемъ процессъ XVIII вѣка, который для насъ тѣмъ интересенъ, что главнымъ дѣйствующимъ лицомъ, котораго ловкій мошенникъ желалъ провести, былъ самъ Императоръ Петръ I.

Въ 1718 г. въ Москву былъ присланъ изъ Воронежа казакъ Емельянъ Щадринъ, сказавшій за собою „государево слово“. При допросѣ онъ объяснилъ, что можетъ уничтожить любого врага, пустивъ ему подъ ноги воду, а сверху туманъ. А какъ это сдѣлать, онъ укажетъ лишь самому Царскому Величеству. Несмотря на очевидную нелѣпость этого разсказа, Петръ заинтересовался настоящимъ дѣломъ и лично сталъ допрашивать арестанта. Щадринъ объяснилъ, что онъ дѣйствуетъ камнемъ, который у него спрятанъ въ деревнѣ; если же онъ тамъ потерянъ, то его можно достать; онъ родится въ зобу ворона, а вынимаютъ его весной, въ великій постъ, когда воронъ высиживаетъ дѣтей; величиной этотъ камень въ серебрянную копѣйку, а съ виду черенъ. Повидимому Государь нашелъ, что разсказъ Щадрина правдоподо-

---

[1]) См. мою книгу Суевѣріе и уголовное право, стр. 11. Заваринъ. Суевѣріе Вологодской епархіи (Вологодскія Епархіальныя Вѣдомости, 1870 г., № 5, стр. 175).



бенъ, ибо онъ приказалъ его тщательно провѣрить. Вмѣстѣ съ капитаномъ Пестовымъ и стражею арестантъ былъ отправленъ на родину, чтобы указать, гдѣ спрятанъ волшебный камень. Но хотя искали очень старательно, камня не нашли. Однако казакъ не потерялся и заявилъ, что онъ другой подобный камень достанетъ и будетъ „имъ дѣйствовать въ которое время захочетъ".

Щадрина доставили въ Москву и отдали подъ строгій караулъ; а чтобы добыть нужнаго ворона, ему было дозволено дать порученіе „помытчикамъ". Послѣ долгихъ усилій одинъ изъ нихъ принесъ ворона, котораго онъ взялъ прямо изъ гнѣзда. Когда Щадрину принесли въ кулькѣ эту птицу, то онъ сначала велѣлъ себя обыскать, чтобы установить, что у него при себѣ камня не имѣется, а потомъ голыми руками вынулъ что то изъ ворона и спряталъ этотъ предметъ въ платокъ. Добывши камень, Щадринъ заявилъ, что онъ можетъ дѣйствовать и что слѣдуетъ послать къ Царскому Величеству.

20 мая 1719 г. Щадринъ былъ вызванъ къ Государю, но заявилъ, что въ ненастную погоду его камень дѣйствовать не можетъ. Опытъ былъ отложенъ до 2 іюня, Щадринъ сначала отговаривался, что онъ можетъ дѣйствовать лишь противъ непріятельскаго войска, но потомъ велѣлъ привести двухъ арестантовъ шведовъ и поставить у забора; затѣмъ, держа свой камень во рту или въ рукѣ, Щадринъ шепталъ какіе-то слова; но дѣйства никакого не было.—Обманъ открылся и разгнѣванный Государь, не желая больше присутствовать при опытахъ, велѣлъ наказать Щадрина за ложный извѣтъ: бить кнутомъ и послать въ каторгу на 10 лѣтъ. Приговоръ этотъ былъ приведенъ въ исполненіе 22 сентября того же года.

Во всемъ этомъ дѣлѣ менѣе всего понятна роль Государя. Великій Преобразователь Россіи, образованный и умный человѣкъ, тратитъ время на переговоры съ явнымъ обманщикомъ. Это можно объяснить только тѣмъ обстоятельствомъ,

[1]) Востоковъ. Волшебный камень.



что Петръ самъ былъ крайне суевѣренъ. Дѣло воеводы Безобразова, царевны Екатерины и др. доказываютъ, что Великій Государь въ колдовство и чары вѣрилъ такъ же сильно, какъ и всѣ его современники. Этимъ только и можно объяснить довѣріе къ словамъ грубаго шарлатана.

в) Ханжи и юродивые.

Въ Древней Россіи, которая была крайне религіозна, но необразована и суевѣрна, всякаго рода юродивые и ханжи встрѣчались очень часто и играли довольно видную роль. За откровенную рѣчь, полную рѣзкихъ словъ и укоровъ по адресу правительства, простой человѣкъ могъ поплатиться головой; но юродивому она сходила съ рукъ. Такому вспыльчивому Царю, какъ Іоаннъ IV, юродивый поднесъ кусокъ сыраго мяса, желая тѣмъ самымъ выразить осужденіе его жестокости. Даже имена нѣкоторыхъ изъ нихъ сохранили лѣтописи. Во времена Грознаго во Псковѣ жилъ юродивый Николай, а въ Москвѣ Іоаннъ (Большой Колпакъ) и Василій Блаженный [1]). Но подъ личиной благочестія нерѣдко скрывался грубый обманъ, противъ котораго приходилось бороться правительству. Еще Стоглавъ упоминаетъ о лжепророкахъ мужскаго и женскаго пола, но серьезная борьба началась противъ нихъ только въ XVIII вѣкѣ. Впервые Петръ I, который самъ всю жизнь ненавидѣлъ тунеядцевъ, обратилъ вниманіе на этотъ классъ обманщиковъ. Указомъ 1721 г. № 3912 онъ запретилъ архимандритамъ держать въ монастыряхъ затворниковъ и ханжей. Когда вслѣдствіе этого закона стали внимательнѣе присматриваться къ дѣятельности мнимыхъ святыхъ, ханжей и „суевѣрныхъ юродцевъ", то на поверхность всплыли разныя ихъ продѣлки. Характернымъ примѣромъ можетъ служить слѣдующее дѣло [2]).

Въ 1723 г. въ Синодъ былъ представленъ юродивый Василій Босой, уроженецъ г. Глухова. При допросѣ онъ сознался, что въ г. Бѣлевѣ убилъ священника за то, что

[1]) Соловьевъ. Исторія Россіи. VII, стр. 174.
[2]) Описаніе документовъ и дѣлъ Свят. Синода. т. III. стр. 175—179.



тотъ не хотѣлъ его исповѣдывать, въ Орлѣ столкнулъ съ моста младенца за то, что тотъ дразнилъ его, въ вотчинѣ Ромодановскихъ въ селѣ Просвиряковѣ волшебствомъ разлучилъ крестьянина съ женою, ходя по селамъ, „дѣвичья полу людей волшебствомъ превратилъ на разстлѣніе человѣкъ съ 20". Въ Коломенскомъ уѣздѣ, въ селѣ Озеркахъ, вотчинѣ Ив. Ив. Ляпунова вошелъ въ людскую избу и палъ блудомъ съ дворовою женкою Лукерьей Ивановой и научилъ ее еретичеству, чтобъ она оборачивалась птицею, а именно вороною и разными птицами и звѣрьми, по которому его наученію оная баба и дѣйствовала... Затѣмъ въ показаніяхъ своихъ юродивый сообщилъ о знакомствѣ своемъ съ бѣсами, которыхъ у него въ командѣ состояла цѣлая сотня съ княземъ во главѣ „ему-же имя Иродъ бѣсъ". При помощи водяныхъ бѣсовъ онъ разорялъ или укрѣплялъ мельницы, но за то долженъ былъ этимъ бѣсамъ что-нибудь платить по уговору; платилъ больше свиньями, которыхъ и загонялъ для того въ воду. Но воздушные бѣсы служили ему безъ всякихъ податей; они носили его по воздуху и такъ, и на доскахъ, какія случатся, а людямъ ихъ не видно. Главный надъ всѣми бѣсами и водяными чертями, по разсказу блаженнаго, сатана Миха и онъ Василій у него не бывалъ, токмо онъ Миха къ нему прихаживалъ и съ бѣсовскими князьями для того онъ, Василій, призывалъ его Миху самъ, дабы оный Миха нарядилъ ему своихъ подчиненныхъ бѣсовъ на рѣку Оку, изъ рѣки вытаскивать на берегъ, а съ берега опять въ рѣку песокъ того ради, что оные бѣсы просили у него работы сами, а ему, Василію, кромѣ оной работы было заставить работать нечего... Въ другой разъ, по неотступной просьбѣ бѣсовъ, Василій далъ имъ другую работу,—а именно: изъ Россійской, Греческой, Турецкой и Шведской странъ носить денежную казну разныхъ манеровъ, каковой казны демоны и натаскали полную яму, мѣры сажени полторы въ вышину и длину, а ширины въ 2 аршина, а яма та по Кіевской большой дорогѣ, . . . а брать тѣхъ денегъ нельзя того ради, ежели кто возьметъ съ молитвою, то обратятся уголемъ... А нынѣ онъ, Василій, больше не еретичествуетъ, ибо книгу свою отдалъ и кре-

С.-Петербургѣ, этой столицѣ русской интеллигенціи, особымъ почетомъ окружена могила юродивой Ксеніи, которая находится на Смоленскомъ кладбищѣ.

з) *Ложныя чудеса.*

Въ настоящее время разглашеніе и приготовленіе ложныхъ чудесъ наказывается, какъ всякій обманъ, тюремнымъ заключеніемъ. Но въ XVIII вѣкѣ, когда русскіе люди были весьма набожны, подобный поступокъ, оскорблявшій развитое религіозное чувство народа, былъ отнесенъ къ разряду преступленій противъ вѣры. Какъ жестоки были при разрѣшеніи такихъ дѣлъ старинные русскіе суды, можно убѣдиться изъ слѣдующаго дѣла [1]).

13 Августа 1720 г. по г. Новгороду разнеслась вѣсть, что въ мѣстной церкви Пресвятыя Троицы совершилось чудо. Въ эту ночь дьячекъ этой церкви, увидавъ якобы дивный сонъ, разбудилъ священника Никиту Георгіева и вмѣстѣ съ нимъ и пономаремъ Михаиломъ Кондратовымъ, у котораго хранились ключи, отправился на мѣсто. Оказалось, что въ деревянномъ храмѣ Св. Параскевы теплятся свѣчи предъ образами Св. Троицы, Богородицы Тихвинской и Умиленія и что вся церковь полна благовонія. При этомъ дьячекъ Василій Ефимовъ жестами показалъ, что онъ лишился языка, и что онъ свое видѣніе можетъ изложить на письмѣ. Такимъ путемъ онъ объяснилъ, что ему снилося, будто къ церкви подъѣхали покойные архіереи Іовъ, епископъ Ааронъ, боляриня Анна и княгиня Марья Татевы, князь Андрей Хилковъ, князь Юрій Голицынъ и многія другія лица. Снилось ему также, что образъ Тихвинской Божьей Матери виситъ въ воздухѣ надъ каменной церковью, и что въ деревянной церкви теплятся свѣчи и разлито благоуханіе. Слышенъ былъ громъ и слова: „Владычица пріими молитвы рабъ своихъ“ и проч. Подлинное письмо дьячка Василія, въ которомъ были изложены эти факты, было взято ключарями церковными, а епископу была послана копія.

---

[1]) Дѣло о дьячкѣ Василіи Ефимовѣ, казненномъ въ Новгородѣ сожженіемъ за ложное чудо въ 1721 г. (Русскій архивъ, 1864 г., стр. 1708).



Вѣсть объ этомъ чудѣ быстро распространилась въ городѣ и окрестностяхъ. Поэтому въ церковь стали стекаться многочисленные богомольцы, пѣть молебны и давать щедрыя пожертвованія, а многія лица даже пріобрѣтали копіи съ означеннаго письма дьячка Василія. Самъ онъ долгое время молчалъ, но постепенно сталъ разговаривать, сначала съ членами своей семьи, а потомъ и съ посторонними. Со дня разглашенія этого чуда прошло нѣсколько мѣсяцевъ. Въ душѣ дьячка проснулось раскаяніе. Сначала онъ покаялся своему духовнику священнику Зотикову, а потомъ донесъ о своей винѣ архіепископу Новогородскому Ѳеодосію и чистосердечно во всемъ признался. Будучи вызванъ въ Св. Синодъ, Ефимовъ объяснилъ, что свѣчи передъ образами затеплилъ онъ самъ, онъ же накурилъ тамъ въ церкви роснымъ ладономъ. Сна онъ никакого не видалъ, а придумалъ его, чтобы сдѣлать разглашаемое болѣе правдоподобнымъ. Іова онъ упомянулъ, такъ какъ имя этого святителя почитается въ Новгородѣ, а княгиню Татеву и ея родственниковъ, потому что ея семейный образъ находится въ церкви.

Св. Синодъ, разсмотрѣвъ 29 сентября 1721 года это дѣло, опредѣлилъ передать подсудимаго въ юстицъ-коллегію для поступленія съ нимъ по гражданскимъ законамъ.

4 декабря въ юстицъ-коллегіи состоялся приговоръ. Спеціально карательной статьи, предусматривающей разглашеніе ложныхъ чудесъ, въ уложеніи Царя Алексѣя Михайловича не существовало. Поэтому судъ, усмотрѣвъ въ дѣяніи подсудимаго признаки богохульства и руководствуясь статьей 1 главы 1 и статьей 13 главы 22 уложенія, опредѣлилъ: дьячка Василія Ефимова казнити смертью, сжечь. Приговоръ этотъ былъ исполненъ въ Новгородѣ 29 декабря 1721 г.

Въ наши дни подобный приговоръ долженъ быть признанъ чрезвычайно жестокимъ. Вѣроятно и въ то время правительство сознавало, что наказаніе не соотвѣтствуетъ винѣ, такъ какъ черезъ нѣсколько мѣсяцевъ послѣ казни Ефимова, а именно 12 апрѣля 1722 г., былъ опубликованъ спеціальный законъ о разглашеніи ложныхъ чудесъ, коимъ наказаніе было понижено въ значительной степени.

Выводы.

Изложивъ ходъ законодательства у насъ и на западѣ и цѣлый рядъ дѣлъ, производившихся съ XV по XVIII вѣкъ, мы можемъ резюмировать собранные факты и сдѣлать нѣкоторые выводы на основаніи имѣющагося матеріала.

Прежде всего необходимо установить, что понимали у насъ въ Россіи подъ чародѣйствомъ. Въ законѣ по этому вопросу указаній нѣтъ, но изъ обсужденія процессовъ мы можемъ заключить, что это слово означало знаніе и пользованіе таинственными силами природы, которыя большинству людей были неизвѣстны. Изъ процессовъ мы видимъ, что профессіональное чародѣйство и колдовство сводилось къ слѣдующимъ дѣйствіямъ: производство чаръ во вредъ людямъ, чаръ во вредъ хозяйству (засуха и заломъ), чаръ на милость и на любовь; леченіе больныхъ, сопровождавшееся шептаніемъ и чарами; гаданье, наконецъ, изготовленіе и торговля талисманами. Каждое изъ этихъ дѣяній подлежало наказанію независимо отъ того, шло ли оно во вредъ или на пользу людямъ. Кромѣ того, каждое лицо могло быть привлечено къ отвѣту за то, что пользовалось совѣтомъ колдуна, творило тѣ или другія чары и держало при себѣ предметы, служившіе талисманами.

Далѣе возникаетъ вопросъ, въ чемъ состояло наказаніе за это преступленіе и какимъ закономъ руководствовались судьи, опредѣляя его родъ и мѣру. Вопросъ этотъ далеко не лишній, потому что въ обоихъ судебникахъ и въ уложеніи Царя Алексѣя Михайловича не было спеціальной статьи, предусматривающей чародѣйство, какъ особое преступленіе (crimen magiae). Законъ 1552 г. запретилъ пользоваться услугами чародѣевъ, но онъ ни слова не сказалъ о самихъ колдунахъ. Отсюда нельзя, однако, заключить, что Московское правительство не преслѣдовало лицъ, обвинявшихся въ колдовствѣ, или относилось къ этому преступленію снисходительно. Напротивъ, русскія власти въ XV, XVI и XVII вѣкѣ смотрѣли на колдовство какъ на преступленіе особо важное. Въ этомъ можно убѣдиться изъ приведенныхъ законовъ, а

въ еще большей степени изъ изложенныхъ нами процессовъ. Изъ свѣтскихъ законовъ до-Петровскаго времени необходимо припомнить уставъ Московской академіи 1680 года, гдѣ имѣется прямое предписаніе жечь на кострѣ учителя чернокнижника и его учениковъ такъ, какъ жгутъ всѣхъ колдуновъ. Но помимо свѣтскихъ законовъ былъ въ силѣ Номоканонъ, повелѣвавшій предавать чародѣевъ смертной казни. Законъ этотъ имѣлъ большое значеніе, ибо дѣлами о чародѣйствѣ по уставу Владиміра должна была вѣдать церковь. Но и свѣтскіе судьи нисколько не стѣснялись пробѣломъ въ уложеніи и приговаривали колдуновъ къ сожженію въ срубѣ, хотя въ законѣ не оговорено, чтобы чародѣй былъ преданъ такой мучительной казни. Между тѣмъ, въ уложеніи почти всегда упоминалось особо о томъ, когда назначалась квалифицированная казнь; напримѣръ, велѣно было фальшивымъ монетчикамъ „залити горло" (ст. 1 гл. V), а женщинъ, убившихъ мужей, зарывать въ землю живыми (гл. 22 ст. 14). Даже Номоканонъ говоритъ только о казни чародѣевъ мечемъ, но судъ приговаривалъ колдуновъ къ сожженію наравнѣ съ лицами, виновными въ богохульствѣ [1]), или въ совращеніи изъ православія путемъ насилія и обмана [2]). Это была обычная казнь для чернокнижниковъ, которая вполнѣ согласовалась съ народными воззрѣніями.

Просматривая процессы того времени, нельзя не замѣтить, что судей мало стѣснялъ указанный нами пробѣлъ въ уложеніи. Терскій воевода Безобразовъ и его соучастники были осуждены не по Номоканону, а на основаніи ст. 1 главы 2-й уложенія; между тѣмъ статья эта говоритъ не о чародѣйствѣ, а о зломъ умышленіи на здоровье Государя. За таковое дѣяніе въ законѣ назначена смертная казнь, но не указанъ родъ казни. Поэтому бояре повелѣли: Безобразову и его слугѣ отсѣчь голову, обоимъ же колдунамъ судьи за то же дѣніе назначили иную казнь: сожженіе въ срубѣ. Далѣе, въ 1734 г. въ Симбирскѣ былъ сожженъ по приго-

[1]) Улож. Алексѣя Михайловича гл. I, ст. 1.
[2]) Тамъ же гл. 22, ст. 24.



вору губернской канцеляріи Яковъ Яровъ, обвиненный въ чародѣйствѣ. Судьи сослались не только на законъ 1731 г. о колдунахъ, но и на ст. 1 гл. 1 уложенія, которая говоритъ о богохульствѣ. Въ рѣшеніи Яренской воеводской канцеляріи, по дѣлу колдуна Карандышева, судьи прямо сослались на 22 главу уложенія и приговорили подсудимаго къ смертной казни сожженіемъ въ срубѣ. Но въ главѣ этой перечислены всѣ преступленія, „за которыя должна быть учинена смертная казнь и за какія—иныя наказанія". О чародѣйствѣ же совершенно не упоминается. Изъ всего этого необходимо заключить, что судьи, примѣняя это суровое наказаніе, имѣли въ виду народный обычай и то обстоятельство, что чародѣйство носило характеръ преступленія противъ вѣры. При всемъ томъ нельзя не замѣтить, что въ виду отсутствія указанія въ законѣ, практика выработала цѣлую систему наказаній за колдовство. Изъ приговоровъ, которые были нами изложены, видно, что судьями назначались слѣдующія кары: а) ссылка въ дальніе города, б) ссылка въ монастырь для содержанія въ кандалахъ и для занятія тяжкими работами; ссылка эта была пожизненная и временная „до государева указу"; в) наказаніе на тѣлѣ плетьми или батогами, г) публичное покаяніе. Очевидно, при избраніи одной изъ этихъ карательныхъ мѣръ принимались во вниманіе вина подсудимаго, его нравственная испорченность и степень причиненнаго имъ вреда. Но главнымъ обстоятельствомъ, вліявшимъ на родъ и мѣру наказанія, былъ, конечно, тотъ фактъ—занимался-ли подсудимый чародѣйствомъ по ремеслу или только случайно по совѣту колдуна, давшаго ему запрещенный предметъ для совершенія какихъ-либо чаръ. По словамъ Афанасьева [1]), за чародѣйство часто назначалась ссылка. Въ царствованіе Алексѣя Михайловича лицъ, осужденныхъ за чародѣйство, ссылали главнымъ образомъ въ Якутскъ и Енисейскъ; при чемъ мѣстнымъ властямъ давались предписанія содержать колдуновъ особенно строго, сажать ихъ въ отдѣльныя тюремныя комнаты, приковывать на цѣпь къ стѣнѣ

[1]) Афанасьевъ. Миѳологич. воззрѣнія Славянъ, III, стр. 612.



и отнюдь не допускать къ нимъ постороннихъ [1]). Кромѣ того, ихъ нерѣдко истомляли жаждою. Такъ, напримѣръ, было предписано Максиму Мельнику, сосланному за волшебство, не давать воды, „потому что онъ, Максимъ, многажды уходилъ въ воду“ [2]). Всѣ эти факты заставляютъ насъ согласиться съ Костомаровымъ и Афанасьевымъ, что въ допетровской Руси колдовство во всѣхъ его формахъ преслѣдовалось самымъ строгимъ образомъ, при чемъ наказаніе назначалось по усмотрѣнію суда, въ зависимости отъ обстоятельствъ каждаго дѣла.

Третій вопросъ, который вытекаетъ изъ собраннаго матеріала, касается числа дѣлъ о чародѣйствѣ, разбиравшихся въ русскихъ судахъ. Профессоръ Владимірскій-Будановъ [3]) утверждаетъ, что на это преступленіе было особенно обращено вниманіе въ XIII вѣкѣ, когда христіанство восторжествовало надъ язычествомъ; въ Московскую же эпоху, по его мнѣнію, практика указываетъ весьма мало случаевъ уголовнаго преслѣдованія волшебства, сравнительно съ Западной Европой. Это положеніе почтеннаго профессора правильно лишь отчасти. Заявленіе его, что уголовное преслѣдованіе колдовства въ Кіевскій періодъ было сильнѣе, совершенно голословно. Случаи сожженія 4 колдуновъ въ 1227 г. въ Новгородѣ и 10 вѣдьмъ въ 1441 г. во Псковѣ ровно ничего не доказываютъ. Эти единичные факты свидѣтельствуютъ о томъ, что это были простыя убійства, совершенныя толпой, а не казни по судебнымъ приговорамъ. Если же мы отъ Кіевскаго періода перейдемъ къ Московскому, то найдемъ массу процессовъ, да это и вполнѣ понятно, потому что всѣ сословія отъ крестьянъ и мѣщанъ до бояръ и Царя включительно твердо вѣрили въ возможность благотворнаго и вреднаго вліянія на судьбу людей путемъ чаръ и колдовства. Борьба же съ слѣдами язычества не была за-

---

[1]) Тамъ же, стр. 645.

[2]) Это распоряженіе напоминаетъ сказку о Кащеѣ безсмертномъ, который, выпивъ 3 ведра воды, разорвалъ свои цѣпи.

[3]) Обзоръ Исторіи Русскаго Права. Лекція II, стр. 35.

кончена не только въ XV, но даже въ XVIII вѣкѣ. О безчисленныхъ чисто языческихъ обрядахъ говоритъ Стоглавъ; о такихъ же обычаяхъ упоминаетъ духовный регламентъ; наконецъ, о нихъ же идетъ рѣчь въ тѣхъ дѣлахъ, которыя въ 1732 г. возникли въ Копорскомъ уѣздѣ. Всѣ эти соображенія и факты даютъ намъ право утверждать, что въ Московскій періодъ процессы о колдовствѣ возникали гораздо чаще, чѣмъ въ Кіевскій. Конечно, въ сравненіи съ Западной Европой, гдѣ милліоны людей погибали на кострахъ, число нашихъ дѣлъ о колдовствѣ было не особенно велико. Но и тѣ дѣла, которыя дошли до насъ, могутъ служить доказательствомъ того, что они возникали далеко не рѣдко.

Такъ шло дѣло до Петра Великаго. Въ царствованіе этого послѣдняго въ военный и морской регламенты были внесены законоположенія, коими чародѣйство запрещалось подъ страхомъ сожженія, а за суевѣрныя бредни назначено было тѣлесное наказаніе. Мы не можемъ согласиться съ профессоромъ Латкинымъ [1]), что постановленія Петра Великаго о чародѣйствѣ, изложенныя въ регламентахъ, занесены съ запада. Вліяніе западныхъ кодексовъ на законодательство Петра не подлежитъ сомнѣнію. Но въ вопросѣ о наказаніи колдуновъ Государь стоялъ на русской почвѣ. Онъ только внесъ въ законъ такое положеніе, которое давно было освящено обычаемъ и практикой судовъ. Недаромъ въ толкованіи къ ст. 1 гл. I Воинскихъ артикуловъ говорится: „наказаніе сожженіемъ есть обыкновенная казнь чернокнижцамъ". Такую же фразу мы находимъ и въ Морскомъ уставѣ. Это доказываетъ, что Государь сознавалъ, что поступаетъ по обычаямъ, установившимся въ его царствѣ, и согласно съ воззрѣніями всего русскаго народа. Этихъ взглядовъ народъ придерживается и до нашихъ дней, и въ настоящее время крестьяне крѣпко вѣрятъ въ колдовство и порчу, считаютъ своимъ правомъ убить колдунью и не понимаютъ, за что ихъ судятъ, если они убьютъ такую старуху или сожгутъ ее въ ея же хатѣ.

---

[1]) Учебникъ Исторіи Русскаго Права періода Имперіи, стр. 402.



Регламенты сходятся съ западными кодексами въ томъ лишь отношеніи, что въ нихъ упоминается объ обязательствѣ съ дьяволомъ. Но во всемъ остальномъ законодательство Петра Великаго рѣзко отличается отъ нихъ. Нельзя также не сказать, что на Руси демонологія была развита очень слабо, но несомнѣнно что, она существовала задолго до Петра [1]). Въ западной Европѣ поклоненіе дьяволу, который появляется на шабашѣ вѣдьмъ въ видѣ чернаго козла, отреченіе отъ Христа и плотская связь съ сатаною были главными вопросами, которыми занимались судьи, вѣдавшіе дѣла о колдовствѣ; но, по ученію теоретиковъ-инквизиторовъ, колдовство въ его цѣломъ представляло собою діаболическую пародію на христіанство, полную чувственности и разврата, которая могла родиться только въ головѣ безнравственнаго монаха; законы же Петра ничего подобнаго не знаютъ. Наконецъ, важнѣйшая разница между нашими процессами и западными состоитъ въ томъ, что правительство и духовенство вели и разрѣшали дѣла о колдовствѣ по судейской совѣсти и безъ всякихъ заднихъ мыслей. Колдуновъ и вѣдьмъ сожигали въ срубѣ, потому что всѣ люди того времени были суевѣрны и убѣждены въ существованіи чаръ. Въ Германіи же католическая церковь видѣла въ дѣлахъ о колдовствѣ оружіе противъ реформаціи и науки, которая развивалась въ ущербъ церковному могуществу. Поэтому изъ застѣнка инквизиціи не было выхода на свободу. У насъ допросъ былъ грубый и нерѣдко люди умирали отъ пытокъ, но судьи, при всей своей жестовости, вели слѣдствіе, стремясь къ выясненію истины, а не къ гибели политическаго врага. Сообразно съ этими принципами былъ построенъ на Руси уголовный процессъ о чародѣйствѣ. Для выясненія дѣла производился допросъ свидѣтелей, осмотръ поличнаго и повальный обыскъ окольныхъ людей; очень рѣдко допускалась очистительная присяга [2]). Только по разсмотрѣніи всѣхъ этихъ доказательствъ судъ приступалъ къ допросу обвиняемаго и донос-

[1]) Буслаевъ. Бѣсъ. 1881 г.

[2]) П. С. З. 12 Іюня 1735 г. № 6748.

чика; при разнорѣчіи ихъ пытали обоихъ на дыбѣ, усиливая ихъ страданія ударами плетей; число ударовъ всегда отмѣчалось въ протоколѣ. Когда судьи замѣчали, что подсудимый, измученный или подавленный силой уликъ, давалъ показанія разнорѣчивыя, то они подвергали его двукратной пыткѣ огнемъ. Если же у него хватало силы, чтобы оттерпѣться, то судъ его оправдывалъ, считая, что онъ очистился кровью. Какъ ни великъ былъ произволъ мѣстныхъ воеводъ и губныхъ старостъ, но и на нихъ была управа. Въ одномъ изъ процессовъ подсудимые подали жалобу въ Четвертной приказъ, указывая на то, что Пермскій воевода ихъ пыталъ жестоко, а обыска не дѣлалъ. Велѣно было уважить просьбу объ обыскѣ и отпустить подсудимыхъ на свободу, если обвиненіе ихъ въ колдовствѣ не подтвердится. Главные недостатки суда, творившагося въ Россіи надъ чародѣями свойственны всему инквизиціонному процессу. Пытка приносила громадный вредъ дѣлу, вынуждая у людей несообразныя показанія. Затѣмъ, голословнымъ заявленіямъ доносчиковъ придавалось слишкомъ большое значеніе; между тѣмъ эти послѣдніе изъ самыхъ разнообразныхъ и далеко нечистыхъ побужденій доводили до пытки ни въ чемъ неповинныхъ людей. Характернымъ примѣромъ можетъ служить дѣло колдуна Евтюшки Маркова, который въ 1682 г. погубилъ старуху Марфу изъ желанія избавится отъ соперницы, а въ 1699 г. самъ умеръ въ застѣнкѣ, куда онъ попалъ по доносу Ѳедьки Малютина, осужденнаго на смерть за разбой и заявившаго „слово и дѣло“ только для того, чтобы отсрочить свою казнь. Правда, что суды, желая сократить число ложныхъ извѣтовъ, приняли за правило доносчику давать „первый кнутъ“, но какъ видно изъ приведеннаго дѣла, не всякаго могла удержать такая угроза. При всѣхъ указанныхъ недостаткахъ нельзя не повторить, что русскій судъ стремился къ разъясненію дѣла, а не къ гибели обвиняемаго.

Дѣла о колдовствѣ были подсудны въ Россіи первоначально только духовнымъ судамъ. Но впослѣдствіи и свѣтскіе суды стали принимать ихъ къ разсмотрѣнію. Въ періодъ времени съ XV по XVIII вѣкъ ихъ разбирали воеводы и

губные старосты, а въ Москвѣ—Четвертной приказъ; въ XVIII вѣкѣ въ провинціи ими вѣдали ратуши, воеводскія и губернскія Канцеляріи, въ Москвѣ Преображенскій и Сыскной Приказы, а въ Петербургѣ Сенатъ, въ качествѣ высшей инстанціи. Функціи же Духовныхъ судовъ возложены были до Петра: на Патріаршій приказъ и Архіерейскіе суды, а въ XVIII вѣкѣ на мѣстныя Консисторіи и святѣйшій Синодъ. Повидимому граница, отдѣлявшая подсудность свѣтскихъ судовъ отъ духовныхъ, никогда не была рѣзко проведена. Были дѣла, обозначенныя въ настольномъ реестрѣ „Сената по Синоду". Нерѣдко нерѣшенныя и незаконченныя дѣла передавались изъ Синода въ Юстицъ-Коллегію даже въ отношеніи церковнослужителей (дѣла о дьячкахъ Епифаньевѣ и Василіи Ефимовѣ). Наконецъ, въ дѣлѣ юродиваго Босого прямо сказано, что оно передается туда для розыска. Постановивъ смертный приговоръ, Синодъ или Консисторія передавали все производство свѣтской власти, вѣроятно, потому, что приведеніе сего приговора въ исполненіе они не считали своею обязанностью. (д. Королевой).

Съ 1782 г. когда чародѣйство было низведено на степень простого преступленія противъ имущества, всѣ дѣла о колдовствѣ перешли изъ консисторіи въ вѣдѣніе общихъ и полицейскихъ судовъ.

Нельзя не сказать двухъ словъ о наказаніяхъ, примѣнявшихся духовными судами. Повидимому они налагали всѣ тѣ кары, которыя были извѣстны свѣтскимъ судьямъ. Но интереснѣе всего была замѣна чисто духовныхъ карательныъ мѣръ какъ-то: эпитемія или изверженіе изъ сана, тѣлеснымъ наказаніемъ. Въ одномъ дѣлѣ сержанту Булавину эпитемія была замѣнена плетьми, ибо „за службой военной онъ эпитеміи нести не можетъ", а въ другомъ дѣлѣ, за силой Всемилостивѣйшаго Манифеста плети замѣнили для священника изверженіе изъ сана.

Этимъ мы кончаемъ изложеніе матеріальнаго и процессуальнаго русскгао права по вопросу о чародѣйствѣ. Безотрадныя картины прошли передъ нами. Какіе счеты сводились въ подобныхъ дѣлахъ, когда ничтожнаго повода или

дерзкаго оговора, произнесеннаго лицомъ, которому нечего было терять, считалось достаточнымъ, чтобы привести въ застѣнокъ человѣка безупречной жизни и репутаціи.

Вопросъ о чародѣйствѣ, который составляетъ краеугольный камень настоящей статьи, является, однако, только частью нашей темы. Мы поставили себѣ задачей выяснить отношеніе законодателя не къ чародѣйству, а къ суевѣрію, т. е. понятію, которое гораздо шире. Дать точное опредѣленіе того, что надлежитъ понимать подъ словомъ суевѣріе, очень трудно, потому что формы, въ которыхъ оно проявляется, чрезвычайно разнообразны и охватываютъ всю нашу жизнь. Затѣмъ, если мы прослѣдимъ это слово исторически, то окажется, что оно въ теченіе вѣковъ имѣло различное значеніе. Соборъ Константинопольскій и Стоглавъ понимали подъ суевѣріемъ: 1) чародѣйство и 2) нежелательные въ интересахъ церкви обычаи, какъ языческаго, такъ и христіанскаго происхожденія. Стоглавъ говоритъ объ эллинскихъ и безчинныхъ обычаяхъ при свадьбахъ, при похоронахъ, объ играхъ и гаданіяхъ. Точно такое же опредѣленіе мы находимъ и въ духовномъ регламентѣ. О чародѣйствѣ онъ не распространяется, ибо о немъ подробно сказано въ военныхъ артикулахъ и морскомъ регламентѣ, но онъ также осуждаетъ нежелательные обычаи языческіе, въ видѣ молитвы подъ дубомъ, и христіанскіе,—созданные корыстолюбіемъ духовенства. Если мы сравнимъ содержаніе Стоглава и духовнаго регламента, то разница окажется весьма существенная. Стоглавъ запрещалъ не только языческіе обычаи, но самыя простыя народныя удовольствія. Желая привить народу свои аскетическія возрѣнія на жизнь, духовенство осуждало подъ видомъ суевѣрій всякія проявленія веселья и запрещало молодежи даже такія невинныя игры, какъ музыка и пляска и переодѣваніе на святкахъ. Въ духовномъ регламентѣ подобнаго ригоризма уже нѣтъ, ибо воззрѣнія на этотъ предметъ перемѣнились. Но за то тамъ подробно говорится о различныхъ злоупотребленіяхъ, вкравшихся въ дѣла церковныя. Эти беззаконія авторъ регламента называетъ суевѣріемъ, понимая подъ этимъ словомъ „все лишнее, ненужное для спасенія души, а

придуманное корыстью". Нѣкоторыя изъ указанныхъ имъ злоупотребленій существуютъ и понынѣ; многія лица изъ высшаго духовенства не желаютъ бороться противъ ложныхъ чудесъ и мнимыхъ святыхъ, церковныхъ службъ въ домахъ частныхъ лицъ и грубыхъ почестей, оказываемыхъ архіереямъ. Отсюда слѣдуетъ, что воззрѣнія на этотъ вопросъ вновь перемѣнились, и что современное, іереи, русское духовенство, по крайней мѣрѣ нѣкоторые его представители, не согласны съ воззрѣніями Өеофана Прокоповича. Мы же изъ всѣхъ этихъ колебаній можемъ заключить, что до сихъ поръ не установлено, гдѣ кончается вѣра и начинается суевѣріе. Вѣроятно этотъ вопросъ еще долго останется открытымъ. Во всякомъ случаѣ въ теченіи первой половины XVIII вѣка правительство держалось прежняго опредѣленія суевѣрія и считало таковымъ всевозможные виды чародѣйства и нежелательные обычаи. Поэтому суды сурово карали лицъ, виновныхъ въ чародѣйствѣ или въ соблюденіи языческихъ обычаевъ, въ родѣ тѣхъ, которые были обнаружены въ Копорскомъ уѣздѣ, а также юродивыхъ, ханжей и обманщиковъ, творившихъ мнимые чудеса. Наиболѣе рѣзкое измѣненіе въ этомъ отношеніи произошло въ концѣ XVIII вѣка. Прежде всѣ считали, что существуютъ таинственныя силы, которыми можно вредить людямъ. Наука доказала, что чары безвредны, и поэтому законодатель призналъ, что всевозможные наговоры, нашептыванія и талисманы должны быть отнесены къ числу негодныхъ средствъ для совершенія преступленія противъ жизни, и могутъ служить только орудіемъ для совершенія обмана.

Если мы теперь обратимся къ дѣйствующему праву и сопоставимъ между собою статьи уст. пред. и прес. прест. съ статьями улож. и уст. наказ., которыя касаются разныхъ видовъ мошенничества, то мы найдемъ, что законодатель подъ суевѣріемъ понимаетъ: 1) слѣды бывшаго чародѣйства, какъ то: лжепредсказанія, лжепредзнаменованія и нашептываніе, наговоры и заклинанія и 2) нежелательные обычаи какъ то: кумирскія одѣянія на Рождествѣ и купаніе на Пасху лицъ, проспавшихъ заутреню. Судя по этимъ узаконеніямъ, можно было бы предположить, что въ законѣ осталось то же опре-

дѣленіе суевѣрія, которое было принято Константинопольскимъ соборомъ и Стоглавомъ, т. е. чародѣйство и вредные обычаи. Но если припомнить ст. 236 (разрытіе могилъ) и 1469 улож. наказ. (убійство уродовъ), то это опредѣленіе окажется слишкомъ узкимъ. Могилу разрываютъ, главнымъ образомъ, чтобы прекратить повальныя болѣзни и уничтожить упыря; а урода убиваютъ, ибо въ немъ видятъ исчадіе ада. Подобныя суевѣрія уже выходятъ изъ сферы простого чародѣйства, какъ оно установлено нами по старымъ процессамъ. Поэтому необходимо дать опредѣленіе суевѣрія, обнимающее всѣ эти случаи, и основанное на данныхъ, вытекающихъ изъ всего собраннаго нами матеріала. Это тѣмъ болѣе желательно, что каждый человѣкъ, а въ особенности юристъ-практикъ очень часто сталкивается съ различными формами суевѣрія.

Докторъ Леманъ [1]) считаетъ суевѣріемъ каждое положеніе, не пользующееся признаніемъ въ какой-либо религіи или стоящее въ противорѣчіи съ научнымъ взглядомъ на природу въ какое нибудь опредѣленное время. Съ этимъ мнѣніемъ мы не можемъ вполнѣ согласиться, ибо мы считаемъ многіе религіозные обряды, признанные дѣйствующей церковью за суевѣріе. Намъ напротивъ кажется, что болѣе правильнымъ является слѣдующее опредѣленіе этого термина. Подъ суевѣріемъ слѣдуетъ понимать логическую или фактическую ошибку человѣка, который (вслѣдствіе воззрѣній, унаслѣдованныхъ отъ предковъ и опровергнутыхъ современной наукой) приводитъ въ причинную связь явленія, не могущія по своему существу оказать другъ на друга никакого вліянія. Причина этой ошибки кроется въ необразованности человѣка, отсталаго въ культурномъ отношеніи и держащагося воззрѣній, которыхъ нѣсколько столѣтій тому назадъ, когда наука находилась еще въ пеленкахъ, признавало все общество.

Настоящее опредѣленіе нѣсколько блѣдно, но оно охватываетъ всѣ извѣстныя намъ формы суевѣрія и всѣ случаи, когда оно проявлялось на практикѣ. Суевѣрные же обычаи въ родѣ переодѣванія молодежи на святкахъ или обливанія

---

[1]) Иллюстрированная исторія суевѣрія и волшебства. М. 1900. стр. 12.



спящихъ пришлось бы исключить отсюда. Подобные обычаи представляютъ собою культурные пережитки, но не суевѣрія.

Мы съ намѣреніемъ упомянули въ нашемъ опредѣленіи о современной наукѣ, ибо суевѣріе можетъ быть не только религіозное, но и научное. Каждое положеніе, опровергнутое точнымъ наблюденіемъ и опытомъ, не можетъ считаться истиной и является суевѣріемъ. Напримѣръ, основныя положенія алхиміи и астрологіи, вѣра въ философскій камень или вліяніе звѣздъ на судьбу людей, которыя имѣли многочисленныхъ адептовъ лѣтъ 300 тому назадъ, теперь отошли безвозвратно въ область суевѣрій. Такъ же должно быть квалифицировано мнѣніе средневѣковыхъ врачей, которые ставили медицину въ связь съ астрологіей и полагали, что пускать кровь и давать лекарства можно только въ счастливые дни. По тѣмъ же самымъ соображеніямъ и соглашаясь съ воззрѣніями составителя Духовнаго Регламента, мы считаемъ суевѣріемъ всевозможныя преданія и разсказы о цѣлебной силѣ разныхъ святыхъ, иконъ и источниковъ, каковыя преданія „корысти ради придуманы“. Къ числу суевѣрій мы также причисляемъ всевозможныя заклинанія и церемоніи, производимыя духовными лицами, для изгнанія бѣса изъ больныхъ людей (экзоруизмы) и молитвы въ родѣ той, которая читается „отъ очесъ призора“.

Если отъ этого опредѣленія перейти къ вопросу, какъ объяснить исторически различныя формы суевѣрія, то можно распредѣлить ихъ на 4 группы:

1) Суевѣрія языческаго происхожденія, напр. человѣческія жертвоприношенія, опахиваніе, упыри, колдовство во всѣхъ формахъ и т. д.

2) Суевѣрія христіанскаго времени: гаданье евангеліемъ, псалтыремъ, розыскъ вора путемъ причастія, обидящая свѣча, постъ и молитва на изголовье, молитвы въ шапку, соль и мыло и другіе предметы, лежавшіе на алтарѣ и т. д.

3) Остатки прежняго права: ордаліи, перешедшіе теперь въ присягу; допросъ убійцы у трупа, въ надеждѣ, что кровь хлынетъ изъ ранъ и изобличитъ преступника; купанье вѣдьмъ, похороны самоубійцъ внѣ кладбища и т. д.

4) Погибшія или мнимыя науки какъ-то: астрологія, алхимія и спиритизмъ.

Вѣра въ колдовство несомнѣнно языческаго происхожденія. Она была извѣстна въ Египтѣ и въ Палестинѣ, но только римско-католическая церковь развила это суевѣріе до крайнихъ предѣловъ и погубила тысячи людей. Если теперь народъ крѣпко вѣритъ въ колдовство, то это тоже правовой пережитокъ, ибо чародѣйство, какъ преступленіе, держалось въ теченіе многихъ вѣковъ. Необходимо добавить, что происхожденіе извѣстнаго повѣрья часто бываетъ трудно объяснить, ибо чисто языческія преданія и суевѣрія переплелись съ христіанскими. Народъ считаетъ, что ниспосланіе дождя зависитъ отъ Ильи пророка, и что громъ производится колесами его колесницы. Но въ старину та-же власть приписывалась у славянъ Перуну, а у германцевъ—Водану или Тору. Мы видѣли, что жертвоприношенія мясомъ и пивомъ приносятся теперь у крестовъ церквей и часовень, тогда какъ въ старину тѣ-же жертвы приносились у дуба, рѣки или камня. Наконецъ, большинство заговоровъ и нашептываній, которые мы цитировали, заканчиваются именами Господа Бога, Христа Спасителя и Животворящаго Креста.

Въ практическомъ отношеніи изученіе суевѣрій важно, такъ какъ они являются источникомъ многочисленныхъ преступленій. Списокъ такихъ преступленій очень длиненъ: людей лишаютъ жизни ради принесенія ихъ въ жертву, чтобы прекратить повальныя болѣзни или голодъ; колдуновъ бьютъ и убиваютъ изъ мести или для того, чтобы избавиться отъ ихъ вліянія; могилы разрываютъ ради прекращенія мора или засухи, или, чтобъ получить талисманы въ видѣ теплой крови; невинныхъ людей истязаютъ, ибо знахарка указала на нихъ какъ на воровъ; наконецъ, похищаютъ чужія вещи, думая, что краденное приноситъ счастье и т. д.

Суевѣрія подобнаго рода распространены повсюду. Но тамъ, гдѣ культура низкая, суевѣріе проявляется часто и въ очень грубой формѣ. Въ Германіи и Англіи человѣческое жертвоприношеніе упоминается только въ сказкахъ, а у насъ такіе факты еще донынѣ разбираются въ судахъ.

Будемъ надѣяться, что грамотность и образованіе широкой волной проникнутъ во всѣ медвѣжьи углы нашего отечества, и что общій подъемъ культуры избавитъ насъ отъ многочисленныхъ преступленій, совершаемыхъ по суевѣрію, какъ онъ избавилъ насъ отъ процессовъ о чародѣйствѣ, застѣнка и костровъ.

А. А. Левенстимъ.

ПОНЯТІЕ И ПРИРОДА ДОГОВОРНОЙ НЕУСТОЙКИ.

Законодательная дѣятельность имѣетъ своею общею цѣлью побудить членовъ общежитія къ опредѣленному, согласному съ интересами общества, поведенію. Это достигается тѣмъ, что ихъ поступки связываются закономъ съ заранѣе опредѣленными послѣдствіями. Въ сферѣ гражданскаго права, насколько оно есть jus dispositivum, автономной волѣ заинтересованныхъ лицъ предоставляется въ извѣстныхъ предѣлахъ измѣнять и восполнять эти послѣдствія. Недостаточными съ точки зрѣнія заинтересованныхъ лицъ законныя послѣдствія могутъ быть въ трoякомъ отношеніи: или по своей экстенсивности (они не охватываютъ достаточно широкой области), или по своей интенсивности (они недостаточно энергично вліяютъ на психику обязанныхъ лицъ), или, наконецъ, по способу осуществленія напр. вслѣдствіе трудности доказыванія. Примѣромъ автономнаго восполненія нормируемыхъ въ законѣ послѣдствій можетъ служить договоръ неустойки и притомъ во всѣхъ трехъ указанныхъ направленіяхъ. Неустойка служитъ средствомъ для того: 1) чтобы подводить подъ защиту права интересы, лежащіе вообще внѣ его сферы; 2) чтобы посредствомъ страха передъ штрафомъ усиливать импульсъ къ исправности; 3) чтобы заранѣе устанавливать размѣръ интереса кредитора на случай неисправности должника и тѣмъ самымъ устранять необходимость въ доказываніи факта и размѣра убытковъ.

Можно такимъ образомъ говорить о троякой [1]) функціи неустойки: расширительной, карательной и оцѣночной. При опредѣленіи понятія о неустойкѣ изслѣдователи большею частью исходятъ изъ какой либо одной изъ указанныхъ функцій, въ которой они усматриваютъ ея нормальную задачу и природное назначеніе. Такая постановка вопроса неправильна. Природою неустойки не предрѣшается преобладаніе той или другой функціи, а таковое устанавливается положительнымъ правомъ сообразно съ потребностями оборота и съ воззрѣніями общества. Съ другой стороны понятіе неустойки не зависитъ отъ цѣли этого института, ибо указаніе на цѣль вовсе не входитъ въ научное опредѣленіе юридическихъ понятій.

Изъ представленія о неустойкѣ, какъ средствѣ для обезпеченія кредитору судебной защиты его интереса исходитъ теорія [2]), разсматривающая ее какъ условное обѣщаніе штрафа, подлежащее во всѣхъ отношеніяхъ правиламъ объ условныхъ сдѣлкахъ. Съ точки зрѣнія этой теоріи совершенно безразлично, принадлежитъ ли обѣщанное дѣйствіе къ разряду исковыхъ т. е. защищаемыхъ исками обязательствъ или нѣтъ, лишь бы оно не было положительно лишено судебной защиты какъ противозаконное или противонравственное. Такимъ образомъ неустойка становится весьма удобнымъ средствомъ для искусственнаго расширенія сферы охраняемыхъ правомъ интересовъ. Этой цѣли неустойки наиболѣе соотвѣтствуетъ форма одночленнаго условнаго обѣщанія, гдѣ главное дѣйствіе—по выраженію римскихъ юристовъ—находится in conditione, а in obligatione или in exsolutione только штрафъ. Какъ

[1]) Ihering въ своемъ Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahngesellschaft gegen Favre говоритъ еще объ одной функціи неустойки, названной имъ Versicherungsfunction, сущность которой состоитъ въ томъ, что „промитентъ принимаетъ на себя periculum или casus исполненія“. Ihering видитъ въ обѣщаніи неустойки ручательство (ein Garantieversprechen) должника въ томъ, что кредиторъ во всякомъ случаѣ получитъ слѣдуемое, нѣчто въ родѣ constitutum debiti proprii. Однако ни римскіе юристы, ни современныя законодательства не предполагаютъ у должника такого намѣренія, и для такого предположенія едва ли есть достаточныя основанія. См. Пергаментъ, Договорная неустойка и интересъ, 2 изд., стр. 271 слѣд. и 285 слѣд.

[2]) Это ученіе проводится въ сочиненіи Вольфа „Zur Lehre von der mora“.



примѣръ такого обѣщанія въ дигестахъ [1]) приводится стипуляція: si Pamphilum non dederis centum dari spondes? На раннихъ ступеняхъ правовой жизни при слабомъ развитіи законодательства подведеніе подъ защиту права интересовъ, лежащихъ внѣ ея области, естественно было главною задачею неустойки. Въ Римѣ [2]) при господствѣ начала pecuniaria condemenatio, когда присуждать можно было только денежную сумму, хотя бы предметомъ обязательства было какое либо facere, неустойка часто служила единственнымъ способомъ обезпеченія судебной защиты. И не только во времена legis actionum, когда на судебную защиту могли разсчитывать исключительно иски, основанные на буквѣ закона, но и позднѣе при формулярномъ процессѣ, когда нѣкоторые nuda pacta и многочисленные actiones in factum conceptae находили защиту у претора, и jus honararium своимъ безпрерывнымъ потокомъ освѣжало и обновляло правовую жизнь древняго Рима, кредиторы чрезвычайно часто должны были прибѣгать къ stipulatio poenae, ибо не могли быть увѣрены въ судебной защитѣ своихъ требованій, пока преторъ еще не произносилъ свое „judicium dabo". Древне-германское право [3]) не отличало contractus отъ pacta, цивильныхъ отъ натуральныхъ обязательствъ, но и тутъ вѣроятно неустойка на первыхъ порахъ исполняла ту же функцію. Германское право первоначально знало только одно послѣдствіе неисправности должника, а именно понудительное исполненіе. Ни возмѣщенія интереса, ни—въ частности—отвѣтственности за просрочку оно не признавало. Неустойка служила единственнымъ средствомъ обезпеченія кредитору возмѣщенія убытковъ.

Простое условное обѣщаніе неустойки, однако, не могло долго удовлетворять потребностямъ оборота. Намѣреніе кредитора, вступившаго въ договоръ, направлено на полученіе обезпеченнаго дѣйствія, а не на взысканіе штрафа. Между тѣмъ одночленное условное обѣщаніе не даетъ ему средства

[1]) fr. 115 § 2 D. de V. O. (45,1).

[2]) Karlowa. Röm. Rechtsgeschichte II s. 719 ff., Seeler. Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischen Recht.

[3]) Stobbe Deutsches-Vertragsrecht S. 32.

понудить должника къ исполненію обѣщаннаго; онъ только можетъ искать съ него штрафъ. Вслѣдствіе этого недостатка условнаго обѣщанія отъ него весьма рано дифференцируется неустоичный договоръ, состоящій изъ двухъ членовъ: главнаго обезпечиваемаго обязательства и акцессорнаго-неустоичнаго. Римскіе юристы классическаго періода уже вполнѣ ясно сознавали разницу между акцессорною неустойкою и одночленными условными обѣщаніями. Изъ современныхъ юристовъ многіе продолжаютъ считать и условное обѣщаніе неустойкою и различать два вида ея: простую одночленную и составную. Такую классификацію, напр., проводитъ Савиньи [1]). Онъ опредѣляетъ неустойку какъ „условное обѣщаніе дать что либо, если притомъ въ основаніи лежитъ намѣреніе повліять въ противоположномъ условію направленіи". Въ томъ случаѣ, когда условное обѣщаніе составляетъ единственный предметъ сдѣлки, „неустоичное соглашеніе есть автономно созданный суррогатъ обязательственнаго договора, но оно можетъ примѣняться и тогда, когда обязательственный договоръ о самомъ дѣйствіи (auf die Handlung sebst) невозможенъ". Другіе романисты [2]) совершенно исключаютъ одночленныя условныя обѣщанія изъ категоріи неустойки и причисляютъ ихъ къ категоріи обыкновенныхъ отрицательныхъ условій. Для современнаго права неустойка, какъ средство расширенія сферы правовой защиты не утратила своего значенія, и условное обѣщаніе штрафа, если притомъ имѣлось въ виду не полученіе штрафа, а исполненіе или несовершеніе другого дѣйствія, опредѣляется нѣкоторыми юристами какъ „ненастоящая" неустойка. Такъ Дернбургъ [3]) говоритъ объ обѣщаніяхъ, „похожихъ на неустойку (strafähnliche Versprechen"). Онъ учитъ, что „не всякое обѣщаніе, обезпеченное неустойкою, должно быть исковымъ (klagbar) и не всякое не защищенное искомъ обязательство юридически не-

---

[1]) Savigny. Obligationenrecht Bd. II § 80.

[2]) См. Пергаментъ ук. соч. § 1 и указанную тамъ литературу вопроса; v. Seeler ук. соч. p. 10 ff.

[3]) Dernburg. Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Peussens Bd. II Abt. 1 S. 223 ff.

дѣйствительно. Нѣтъ никакихъ препятствій къ тому, чтобы посредствомъ неустойки дѣлать защищаемыми (klagbar) чисто соціальныя обязательства". Какъ примѣръ Дернбургъ приводитъ Картели или синдикаты и запрещеніе конкуренціи обезпеченіе коихъ неустойкою онъ признаетъ допустимымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда ими не нарушаются требованія закона или нравственности. Oertmann [1]) говоритъ, что рядомъ съ неустойкою въ техническомъ смыслѣ существуетъ болѣе широкое понятіе неустойки, устанавливаемой въ обезпеченіе дѣйствія, не состоящаго in obligatione, т. е. не составляющаго предмета самостоятельнаго обязательства. Другіе ученые напротивъ категорически отрицаютъ возможность обезпеченія неустойкою не исковыхъ обязательствъ. Такъ, по мнѣнію Эндемана [2]), „недопустимо, чтобы любое отношеніе, касающееся частнаго или дружескаго общенія, не принятое въ разрядъ правовыхъ благъ и признаваемыхъ правомъ интересовъ, посредствомъ неустоичнаго соглашенія подводилось подъ защиту права. Неустойка есть средство для обезпеченія дѣйствительнаго (wirksam) договора, она не имѣетъ силы самостоятельно породить признаваемые правомъ интересы". Съ этимъ мнѣніемъ, однако, едва ли можно согласиться. Въ современномъ правѣ область защищаемыхъ правомъ интересовъ опредѣляется съ положительной стороны указаніями въ законѣ на эти интересы, и съ отрицательной—запрещеніями закона, т. е. признаніемъ извѣстныхъ интересовъ не подлежащими правовой защитѣ и тѣхъ обязательствъ, предметъ коихъ они составляютъ, недѣйствительными. Положительная и отрицательная граница защищаемыхъ правомъ интересовъ не совпадаетъ. Между ними лежитъ обширная область тѣхъ обязательствъ, которыя обыкновенно не нормируются правомъ, ибо по господствующимъ въ данное время воззрѣніямъ не представляютъ юридическаго интереса. Въ конкретныхъ случаяхъ,

---

[1]) Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, Vorbemerkung zu § 339 des BGB.

[2]) Endemann: Einführung in des Studium des bürgerlichen Gesetzbuches Bd. I S. 601 Anm. 2; S. 444 P. 4. Того же мнѣнія придерживается и Cosak.



однако, отдѣльныя лица могутъ быть заинтересованы въ ихъ судебной защитѣ, и нѣтъ никакого основанія лишать ихъ этой возможности, насколько ими не нарушаются запретительныя нормы права. Даже одно и то же обязательство при однихъ обстоятельствахъ можетъ быть признано нарушающимъ эти нормы, при другихъ нѣтъ. Только въ первомъ случаѣ по нашему мнѣнію есть достаточное основаніе признавать неустойку въ обезпеченіе такого обязательства недѣйствительною [1]).

Хотя расширительная функція неустойки и не утратила своего значенія [2]), но она при современномъ состояніи законодательства несомнѣнно играетъ лишь второстепенную роль. Случаи, когда обѣщанное дѣйствіе не можетъ быть предметомъ самостоятельнаго обязательства, но можетъ быть вынуждаемо косвенно посредствомъ условнаго обѣщанія штрафа, составляютъ рѣдкое исключеніе. Во всѣхъ другихъ случаяхъ собственный интересъ кредитора побудитъ его облечь соглашеніе о неустойкѣ въ форму обязательства, дополняющаго и укрѣпляющаго другой самостоятельный договоръ. Поэтому болѣе правильно называть неустойкою въ техническомъ смыслѣ лишь акцессорное соглашеніе о штрафѣ, а одночленное условное обѣщаніе „ненастоящею". Отличительная особенность послѣдней состоитъ въ томъ, что кредиторъ не можетъ добиваться непосредственно обѣщаннаго подъ угрозою штрафа дѣйствія, а можетъ только требовать самаго штрафа. Во

---

[1]) На правильной точкѣ зрѣнія стоитъ, слѣдовательно, кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената (рѣш. 1875 г. № 484, 1903 г. № 83), признавая обязательство къ уплатѣ неустойки въ случаѣ прекращенія довѣренности дѣйствительнымъ лишь тогда, когда имъ обезпечивается какой-либо имущественный или нравственный интересъ повѣреннаго и оно не имѣетъ цѣлью ограниченіе свободы довѣрителя. Тотъ же смыслъ, повидимому, имѣетъ и постановленіе ст. 59 кн. V проекта гражд. улож.: неустойка не можетъ быть требуема по „недѣйствительному" договору. Къ ней вполнѣ примѣнимы вышеприведенныя слова Дернбурга: не всякое незащищенное искомъ обязательство недѣйствительно. Ср. герм. гражд. улож. § 344.

[2]) По французскому праву, напримѣръ, неустойка до сихъ поръ служитъ средствомъ, чтобы придать обязательную силу договорамъ въ пользу третьихъ лицъ. См. Planiol: Traité élémentaire de droit civil § 254 и § 1232.

всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ къ ненастоящей неустойкѣ, по нашему мнѣнію, надлежитъ примѣнять положенія о неустойкѣ въ техническомъ смыслѣ. Всѣ вопросы, разрѣшеніе которыхъ зависитъ отъ того, имѣетъ ли обязательство свойство отрицательнаго условія или неустойки, какъ, напр., вопросы о значеніи объективной невозможности обусловленнаго дѣйствія, о неисполненіи условія вслѣдствіе casus или vis major, объ ограниченіи размѣра штрафа—должны разрѣшаться по правиламъ о неустойкахъ, а не по правиламъ объ условіяхъ [1]). Такой отвѣтъ намъ кажется и болѣе справедливымъ, какъ соотвѣтствующій намѣреніямъ сторонъ, а не формѣ соглашенія, и болѣе раціональнымъ съ точки зрѣнія политики права. Условное обѣщаніе штрафа—при такомъ взглядѣ на него—получаетъ значеніе средства для постепеннаго автономнаго расширенія сферы правовой защиты сообразно съ измѣняющимися воззрѣніями общества и интересами оборота. Вмѣстѣ съ тѣмъ мѣры, установленныя закономъ противъ опасности эксплуатаціи должника, одинаково возможной какъ при условномъ обѣщаніи штрафа, такъ и при акцессорной неустойкѣ, распространяются также на первое обязательство.

Уже Савиньи, который, какъ мы видѣли, опредѣляетъ неустойку какъ условное обѣщаніе дать что-либо, указалъ на то, что она является условнымъ обѣщаніемъ только по формѣ, по существу же она есть „созданное частнымъ соглашеніемъ карательное учрежденіе въ миніатюрѣ“ [2]). Въ карательной функціи неустойки нѣкоторые ученые видятъ ея природное назначеніе. Такъ Вендтъ [3]), причисляя неустойку къ общей категоріи Strafverträge, говоритъ, что она по своей природѣ не имѣетъ никакого отношенія къ возмѣщенію убытковъ. Ея цѣль — coercitio, обузданіе должника, причиненіе ему страданій совершенно независимо отъ инте-

---

[1]) Другого мнѣнія Пергаментъ, ук. соч. стр. 15, Ср. Sprenger въ Gruchot's Beiträge Bd. 33. Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

[2]) Savigny, ук. соч. стр. 273.

[3]) Wendt, Rechtssatz und Dogma гл. 4 въ Jhering's Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 22.



реса кредитора. Этотъ взглядъ на природу неустойки находитъ себѣ подтвержденіе въ исторіи института [1]). На раннихъ ступеняхъ правового быта, при отсутствіи сильной государственной власти и строгаго разграниченія областей гражданскаго и уголовнаго права, наказаніе должника за нарушеніе обязательства было предметомъ частнаго соглашенія. Договоромъ между кредиторомъ и должникомъ заранѣе устанавливались послѣдствія неисправности—иногда весьма тяжкія, какъ рабство и членовредительство. Достаточно указать въ видѣ примѣровъ на римское nexum, на германскій Einlager [2]), на наши закупничество и служилую кабалу. Неустойка находится въ генетической связи съ композиціями, т. е. съ выкупомъ или платою за обиду, имѣвшими несомнѣнно характеръ наказанія. Прототипомъ договорной неустойки, по всей вѣроятности, была законная неустойка, единственная цѣль которой состояла и состоитъ въ устрашеніи обязаннаго. Все это указываетъ на то, что она имѣла чисто карательный характеръ. У насъ уже въ 17 вѣкѣ [3]) понадобились мѣры противъ слишкомъ разорительныхъ для неисправнаго должника штрафовъ, и на практикѣ суду приходилось нерѣдко уменьшать размѣръ неустойки даже тогда, когда она установлена въ опредѣленной суммѣ [4]). Неустойка, которую венеціанскій купецъ Антоніо обѣщалъ Шейлоку въ видѣ фунта своего мяса, имѣла только одну цѣль: устрашеніе должника. Съ тѣхъ поръ, однако, наши правовыя и нравственныя воззрѣнія настолько измѣнились, что теорія, отождествляющая неустойку съ наказаніемъ, уже не имѣетъ почвы въ условіяхъ современной жизни. Современныя государства не отдаютъ безотчетно

---

[1]) Интересная и поучительная исторія неустойки, ея значеніе и характеръ въ различныя историческія эпохи, къ сожалѣнію, еще мало изслѣдованы. Ср. Stobbe-Lehmann III стр. 170 слѣд., Löning Der Vertragsbruch стр. 534 слѣд., Sickel, Die Bestrafung des Vertragsbruches, Karlowa Röm. Rechtsgeschichte II стр. 719 слѣд., Владимірскій-Будановъ. Обзоръ, стр. 616.

[2]) Einlager, это договоръ, въ силу котораго должникъ лишался въ Случаѣ неисправности свободы до удовлетворенія кредитора.

[3]) См. Указъ 21 ноября 1628 г. (Указная книга земскаго приказа ст. XIII п. 8) въ Хрестоматіи Владимірскаго-Буданова вып. III стр. 139.

[4]) Владимірскій-Будановъ: Обзоръ, стр. 617.

въ руки частныхъ лицъ столь опасное орудіе, какъ наказаніе правонарушителей, совѣсть общества возмущается разореніемъ должника неустойками, явно превышающими интересъ кредитора. Большинство ученыхъ, поэтому, видитъ нормальное и наиболѣе соотвѣтствующее духу гражданскаго права назначеніе неустойки въ автономной оцѣнкѣ интереса. Неустойка—учатъ они [1])—по своей природѣ ничто иное, какъ заранѣе опредѣленный въ пользу кредитора интересъ. Стороны могутъ ей придавать характеръ кары, но такое намѣреніе сторонъ не предполагается. Какъ эмпирическое правило—это вѣрно: неустойка дѣйствительно чаще всего устанавливается въ видахъ фиксаціи интереса, но это отнюдь не исключаетъ возможности назначенія неустойки, значительно превышающей дѣйствительный ущербъ. Логически въ понятіе неустойки укладываются какъ оцѣночныя, такъ и карательныя функціи; отъ положительнаго права зависитъ устанавливать предѣлы тѣхъ и другихъ. Такимъ образомъ ни одна изъ теорій, исходящихъ изъ апріорнаго опредѣленія природы неустойки, не можетъ быть признана удовлетворительною. Понятіе неустойки не можетъ быть выведено дедуктивнымъ путемъ изъ предполагаемой природы института. Мы попытаемся опредѣлить его посредствомъ анализа его признаковъ.

Договорная неустойка прежде всего—обязательство. Теоретически мыслимо одностороннее обѣщаніе неустойки, но на самомъ дѣлѣ соглашеніе всегда облекается въ форму договора. Въ современномъ правѣ неустойка въ техническомъ смыслѣ въ отличіе отъ ненастоящей неустойки всегда имѣетъ акцессорный характеръ, т. е. она предполагаетъ существованіе другого обезпечиваемаго ею обязательства, недѣйствительность или прекращеніе котораго влечетъ за собою недѣйствительность или прекращеніе неустойки. Предметъ неустоичнаго договора — дѣйствіе должника, обыкновенно—уплата денежной суммы. Этимъ онъ отличается отъ такъ называемыхъ коммиссорныхъ сдѣлокъ, т. е. отъ такого добавочнаго соглашенія, въ силу котораго нарушеніе должникомъ

---

[1]) Windscheid Pand. II § 285 Anm 14 и 15..



договора даетъ кредитору право требовать прекращенія договора. Наконецъ неустойка всегда устанавливается въ пользу кредитора. Введеніе въ опредѣленіе этого признака необходимо въ цѣляхъ точнаго разграниченія неустойки отъ родственнаго ей по формѣ института отступного, въ основѣ котораго лежитъ совершенно иная мысль. Отступное—та сумма, которою кредиторъ обязанъ удовлетвориться, если должникъ не исполнитъ договора, неустойка—минимумъ того, что кредиторъ можетъ получить вслѣдствіе неисправности должника. Смѣшеніе неустойки съ отступнымъ лишаетъ оба понятія должной ясности. Вводя въ опредѣленіе неустойки признакъ пользы кредитора, мы, однако, должны оговориться: 1) что въ пользѣ кредитора отнюдь не слѣдуетъ видѣть цѣли института неустойки. Она можетъ быть цѣлью неустоичнаго соглашенія съ точки зрѣнія кредитора, но частнохозяйственная точка зрѣнія можетъ не совпадать и часто не совпадаетъ съ законодательною; 2) что польза кредитора не то же самое, что его обогащеніе или невыгода должника. Кредиторъ можетъ и не получать больше того, что онъ дѣйствительно теряетъ вслѣдствіе нарушенія договора. Вся его выгода можетъ состоять въ освобожденіи отъ необходимости доказывать фактъ и размѣръ убытковъ. Неустойка даже можетъ быть установлена въ пользу 3-го лица. Съ другой стороны и должникъ можетъ въ видѣ неустойки платить не больше того, что онъ уплатилъ бы безъ неустоичнаго договора.

Изъ указанныхъ признаковъ слагается слѣдующее опредѣленіе. Неустойка—это акцессорное обязательство должника уплатить сумму денегъ или совершить иное дѣйствіе въ пользу кредитора въ случаѣ неисполненія или неисправнаго исполненія имъ другого обязательства. Въ этомъ опредѣленіи нѣтъ указанія на послѣдствія неустойки и въ частности на ея отношеніе къ главному обязательству. Таковыя не могутъ быть логически выведены изъ него, а должны быть точно указаны въ положительномъ законѣ, ибо зависятъ всецѣло отъ того, какая функція неустойки признается законодателемъ преобладающею. Обыкновенно различаютъ два вида неустойки: карательную и оцѣночную, причемъ нѣ-

которые ученые [1]) проводятъ между ними всю ту разницу, которая проводилась въ римскомъ правѣ между actiones poenales и reipersecutariae. Другіе [2]) объясняютъ только нѣкоторыя послѣдствія различною природою неустойки, отрицая зависимость остальныхъ послѣдствій отъ той или иной функціи ея. Общепринятое дѣленіе неустойки нуждается въ двухъ оговоркахъ: 1) карательный элементъ можетъ содержаться и обыкновенно содержится также въ оцѣночной неустойкѣ, такъ что подъ пенальною слѣдуетъ разумѣть неустойку, имѣющею цѣлью *только* наказаніе должника за неисправность, между тѣмъ какъ въ оцѣночной карательный элементъ имѣетъ факультативный характеръ, а постоянный элементъ въ ней составляетъ эквивалентъ интереса кредитора; 2) оцѣночная неустойка или можетъ быть автономнымъ выраженіемъ субъективной оцѣнки сторонъ безотносительно къ фактическому размѣру ущерба или-же законъ можетъ требовать соразмѣрности [3]) ея съ дѣйствительнымъ ущербомъ. Автономная оцѣнка сторонъ замѣняетъ собою всякій другой масштабъ для опредѣленія интереса кредитора, составляетъ lex contractus, которой стороны обязаны подчиняться. Они замѣнили каузальное обязательство абстрактнымъ неустоечнымъ, подлежащимъ провѣркѣ только съ формальной стороны. При соразмѣрной оцѣнкѣ неустойка по предполагаемому намѣренію сторонъ должна содержать эквивалентъ интереса—имущественнаго или также неимущественнаго—и въ предѣлахъ закономъ установленныхъ можетъ содержать извѣстный плюсъ ради устрашенія должника. Но во всякомъ случаѣ въ основаніи оцѣнки интереса долженъ лежать масштабъ, поддающійся провѣркѣ, хотя бы съ точки зрѣнія самихъ контрагентовъ.

---

[1]) Гольмстенъ, Юридическая конструкція добровольной неустойки, въ Юридической Лѣтописи за 1891 г. стр. 187 слѣд. Neuenfeldt: Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprinzip nach Strafe oder Ersatzleistung? См. подробный разборъ этого взгляда у Пергамента ук. соч., стр. 289 сл.

[2]) См. напр. Пергаментъ ук. соч., стр. 282 сл.

[3]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ придерживаться терминовъ автономная и соразмѣрная оцѣнка.



Въ вопросѣ о послѣдствіяхъ неустойки на первомъ мѣстѣ стоитъ отношеніе ея къ главному обезпечиваемому обязательству. Когда должникъ неисправенъ, его можно или понуждать судебными мѣрами къ исполненію обѣщаннаго или искать съ него возмѣщенія убытковъ. Таковы законныя послѣдствія неисправности. Когда неустойка имѣетъ цѣлью только наказаніе неисправнаго должника, кредитору предоставляется право взыскивать ее сверхъ указанныхъ послѣдствій — кумулятивно, когда она установлена въ видахъ оцѣнки интереса, ему предоставляется альтернативное требованіе, выборъ между законными послѣдствіями и неустойкою. Положеніе нѣсколько осложняется, когда неустойка условлена на случай несвоевременнаго или ненадлежащаго исполненія, но и тутъ мы въ сущности видимъ то же самое: возмѣщенію подлежитъ интересъ кредитора въ срочномъ или исправномъ исполненіи, и неустойка взыскивается чисто пенальная—кумулятивно съ этимъ интересомъ, оцѣночная—альтернативно. Вопросъ объ исполненіи главнаго обязательства такимъ неустоичнымъ договоромъ совершенно не затрогивается. Альтернативное отношеніе неустойки къ главному обязательству единственное неизмѣнное и логически необходимое послѣдствіе оцѣночной неустойки вообще. Остальныя особенности ея вытекаютъ изъ принципа соразмѣрности и потому должна имѣть мѣсто только въ тѣхъ законодательствахъ, которыми устанавливается реквизитъ соразмѣрной оцѣнки. Они, напротивъ, немыслимы тамъ, гдѣ оцѣнка интереса всецѣло предоставлена произволу сторонъ. Такими особенностями является право кредитора на дополнительное взысканіе, ограниченіе размѣра неустойки и ея сокращеніе въ случаѣ частичнаго неисполненія.

Дополнительное взысканіе непокрытаго неустойкою ущерба противорѣчитъ самому принципу автономной оцѣнки. Сущность послѣдней состоитъ именно въ томъ, что стороны устраняютъ вопросъ о соотвѣтствіи размѣра неустойки дѣйствительному ущербу. Противъ этого можно возразить, что право на дополнительное взысканіе вытекаетъ изъ свойства неустойки, какъ обязательства въ пользу кредитора, какъ средства укрѣпленія договора. Нельзя предполагать у кредитора намѣренія

получать меньше суммы фактическаго ущерба, ибо тогда неустойка ухудшила бы его положеніе. Это возраженіе при всей его кажущейся убѣдительности не можетъ быть признано правильнымъ. Автономная оцѣнка, разъ она допускается закономъ, логически несовмѣстима съ какою-либо другою оцѣнкою; ибо всѣ дальнѣйшіе споры о томъ соотвѣтствуетъ ли размѣръ неустойки фактическимъ убыткамъ или нѣтъ, сторонами устранены. Или мотивы и соображенія, вліявшіе на фиксацію интереса въ видѣ неустойки признаются дискреціонными, тогда никакая послѣдующая провѣрка, насколько оцѣнка соотвѣтствуетъ пользѣ кредитора, не можетъ имѣть мѣста, или оцѣнка подлежитъ провѣркѣ со стороны суда; тогда она утрачиваетъ характеръ автономной, и судъ воленъ замѣнить ее своею объективною оцѣнкою.

То же самое слѣдуетъ сказать относительно ограниченія размѣра неустойки какъ въ порядкѣ закона, такъ и по усмотрѣнію суда. Тутъ субъективный элементъ оцѣнки фактически замѣняется объективнымъ масштабомъ эквивалентности, т. е. началомъ діаметрально противоположнымъ. Указаніе на то, что уменьшеніе размѣра неустойки, особенно его пониженіе судомъ, есть мѣра чрезвычайная, преслѣдующая спеціальныя соціально-политическія цѣли, только подтверждаетъ правильность высказаннаго нами взгляда, что оно противорѣчитъ началу автономной оцѣнки интереса.

Противорѣчитъ этому принципу также сокращеніе неустойки въ томъ случаѣ, когда должникъ отчасти исполнилъ обязательство, отчасти оказался неисправнымъ. Сокращеніе тутъ, очевидно, можетъ имѣть единственнымъ основаніемъ предположеніе, что неустойка по намѣренію сторонъ является эквивалентомъ всего интереса кредитора, или по крайней мѣрѣ находится въ нѣкоторой объективной соразмѣрности съ нимъ. При автономной оцѣнкѣ предположеніе такой соразмѣрности лишено основанія и даже нѣтъ возможности опредѣлить, каково было намѣреніе сторонъ на случай частичнаго неисполненія.

Эти три особенности оцѣночной неустойки, съ одной стороны, указываютъ на требованіе закономъ соразмѣрности

оцѣнки съ дѣйствительнымъ ущербомъ, а, съ другой стороны, составляютъ неизмѣнное и логически необходимое послѣдствіе этого реквизита. Разъ законъ принципіально требуетъ соразмѣрности между неустойкою и ущербомъ, въ указанномъ нами смыслѣ, то отсюда само собою вытекаетъ и право кредитора на дополнительное взысканіе, когда неустойка меньше фактическаго ущерба, и возможность ограниченія ея размѣра, когда она слишкомъ разорительна для должника, а также при частичномъ неисполненіи.

Съ различною природою неустойки нѣкоторые ученые [1]) связываютъ еще одно послѣдствіе. Они утверждаютъ, что пенальная неустойка предполагаетъ субъективную вину должника, оцѣночная же подлежитъ уплатѣ въ силу одного факта нарушенія обязательства. Въ основаніи этого мнѣнія, повидимому, лежитъ та мысль, что къ неустойкѣ, какъ наказанію, должны примѣняться правила объ отвѣтственности за недозволенныя дѣйствія, къ неустойкѣ же, имѣющей свойство заранѣе оцѣненнаго интереса, правила объ отвѣтственности изъ договора. Для современнаго права [2]) это указаніе лишено основанія. И въ теоріи и въ положительномъ законѣ отвѣтственность за вредъ, причиненный недозволенными дѣйствіями, часто распространяется далеко за предѣлы виновнаго причиненія; съ другой стороны отвѣтственность за нарушеніе договора нерѣдко обусловливается наличностью субъективной вины, какъ, напр., при просрочкѣ. Входить въ подробный разборъ этой спорной и сложной матеріи мы, конечно, не можемъ, но едва ли мы ошибемся, если скажемъ, что сохранившіяся до сихъ поръ въ учебникахъ и въ законѣ различныя условія отвѣтственности за нарушенія договора и за другія правонарушенія—пережитокъ прошлаго, которому въ недалекомъ будущемъ суждено отойти въ область исторіи. Лучшіе изслѣдователи ученія объ отвѣтственности за вредъ—назову только Унгера [3]),

---

[1]) См. Гольмстенъ указ. соч., Neuenfeldt ук. соч. и подробное опроверженіе этого мнѣнія у Пергамента ук. соч. стр. 285 слѣд.

[2]) Относит. римскаго права см. Пергаментъ стр. 268 слѣд., Wolf: Zur Lehre von der Mora стр. 38 сл., Mann: Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten?

[3]) Unger: Handeln auf eigene Gefahr.

Меркеля [1]) и Макса Рюмелина [2])—не дѣлаютъ никакой разницы между нарушеніемъ договора и деликтомъ, а устанавливаютъ одинъ единый принципъ отвѣтственности, Листъ [3]) съ укоромъ указываетъ цивилистамъ на то, что для криминалистовъ принципіальной разницы между наказуемымъ нарушеніемъ договорныхъ обязанностей и другими запрещенными дѣяніями болѣе не существуетъ. Если же нѣтъ оправданія для различныхъ условій отвѣтственности за недозволенныя дѣйствія и за нарушеніе договора, то еще меньше есть основанія ставить отвѣтственность изъ договора въ зависимость отъ того, установлена ли она въ цѣляхъ наказанія или возмѣщенія интереса. Обстоятельства, освобождающія должника отъ послѣдствій неисполненія имъ своихъ обязательствъ, указаны въ законѣ. Мы не видимъ никакихъ причинъ, почему эти обстоятельства должны или могли бы быть иными относительно неустойки, составляющей также одно изъ послѣдствій неисполненія. При сомнѣніи,—говоритъ Виндшейдъ [4])—нельзя предполагать, что стороны посредствомъ соглашенія о неустойкѣ хотѣли изъять свое обязательство отъ дѣйствія признанныхъ закономъ основаній для его прекращенія.

Обращаясь теперь къ обзору положительныхъ законодательствъ мы ограничимся самыми краткими указаніями [5]).

Въ римскомъ правѣ неустойка имѣла свойство заранѣе опредѣленнаго въ пользу кредитора интереса, причемъ ея значеніе было неодинаковое, смотря по тому, обезпечивалось ли ею аб-

---

[1]) Merkel: Die Kollision rechtsmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht.

[2]) M. Rumelin: Die Gründe der Schadenzurechnung.

[3]) Franz v. Liszt: Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Его-же Die Delictsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches § 2, II.

[4]) Windscheid, Pand. II § 285 № 9, который, однако, не освобождаетъ должника отъ отвѣтственности въ случаѣ невозможности исполненія въ срокъ. Дальше его идетъ Дернбургъ Pand. II § 46, 2.

[5]) Подробный разборъ иностраннаго и русскаго законодательства о неустойкѣ даетъ Пергаментъ въ неоднократно цитированномъ сочиненіи. См. также Sprenger: ук. соч., Motive zu den Entwurf des BGB. стр. 275 слѣд. и объяснительная записка къ ст. 57 и слѣд. проекта кн. V гражд. улож.

страктное или каузальное обязательство. Въ первомъ случаѣ роль главнаго обязательства исчерпывалась тѣмъ, что его добровольнымъ выполненіемъ должникъ могъ слагать съ себя неустойку; во второмъ случаѣ неустойка служила средствомъ укрѣпленія договора въ пользу кредитора, который могъ требовать или исполненія договора,—а при невозможности исполненія возмѣщенія убытковъ—или же уплаты неустойки, если не было условлено, что онъ можетъ требовать и того и другого. Къ такому выводу пришелъ проф. Пергаментъ на основаніи тщательнаго и пространнаго разбора соотвѣтственныхъ мѣстъ corpus juris. Соразмѣрности между неустойкою и интересомъ римское право не требуетъ, размѣръ ея предоставленъ произволу сторонъ и не подлежитъ никакимъ ограниченіямъ, но римское право—по крайней мѣрѣ позднѣйшее—тѣмъ не менѣе признаетъ за кредиторомъ право на дополнительное взысканіе непокрытаго неустойкою излишка убытковъ. Вопросъ о значеніи вины должника рѣшается римскими юристами различно, какъ вообще вопросъ о значеніи вины при отвѣтственности за нарушеніе договора и въ частности за просрочку вызываетъ разногласія.

На ряду съ римскимъ правомъ на европейскомъ континентѣ въ теченіе всего XIX вѣка въ области гражданскаго законодательства доминирующее положеніе занимали Прусское земское уложеніе и кодексъ Наполеона. Прусское улож. [1]) категорически объявляетъ неустойку заранѣе оцѣненнымъ интересомъ. Оно не только лишаетъ кредитора права на дополнительное взысканіе излишка, но въ тѣхъ случаяхъ, когда главное обязательство перестало быть выполнимымъ, оно даже не даетъ ему права выбора между неустойкою и требованіемъ убытковъ на общемъ основаніи; кредиторъ обязанъ удовольствоваться первою. Проводится такимъ образомъ мысль, что неустойка есть lex contractus безусловно обязательная для сторонъ, т. е. принципъ автономной оцѣнки. Но Прусское уложеніе отступается отъ него въ вопросѣ о размѣрѣ неустойки, постановляя, что

[1]) Allgemeines Landrecht fur die preussischen Staaten I, 5 § 292—316, Dernburg: Preuss. Privatrecht Bd. II § 39, Пергаментъ, ук. соч. § 15.

размѣръ ея ни въ какомъ случаѣ не долженъ превышать фактическій интересъ болѣе чѣмъ вдвое, а при частичномъ неисполненіи, если противное не условлено, подлежитъ соразмѣрному сокращенію.

Французскій кодексъ [1]) болѣе послѣдовательно, чѣмъ Прусскій проводитъ начало автономной оцѣнки. Неустойка согл. art. 1226 Code Civil имѣетъ цѣлью „assurer l'éxécution d'une convention". Хотя въ art. 1229 она опредѣляется какъ „la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale", но было-бы ошибочно отсюда заключить, что законъ требуетъ эквивалентности между неустойкою и ущербомъ. Сторонамъ, напротивъ, предоставляется оцѣнивать интересъ кредитора по своему усмотрѣнію, не стѣсняясь размѣромъ. Французскіе юристы говорятъ о „caractère forfaitaire [2]) неустойки, опредѣляютъ его какъ un aléa, а Laurent прямо ссылается на общее правило, что соглашеніе сторонъ есть lex contractus. Кредиторъ имѣетъ выборъ между исполненіемъ и неустойкою, но разъ онъ избралъ послѣднюю, онъ уже не можетъ довзыскивать непокрытаго ею излишка убытка; должникъ же не можетъ требовать пониженія ея размѣра. По вопросу о дополнительномъ взысканіи редакторы кодекса отвергли предшествующую практику и противоположное мнѣніе своего главнаго руководителя Потье, причемъ любопытны ихъ мотивы: судья—говорилъ докладчикъ—не можетъ лучше самихъ сторонъ знать обстоятельства и интересы, вліявшіе на фиксацію неустойки [3]). Вопросъ о томъ, можетъ ли кредиторъ искать убытковъ на общемъ основаніи, когда условлена неустойка, рѣшается французскою практикою вопреки caractère forfaitaire неустойки въ утвердительномъ смыслѣ. Въ одномъ пунктѣ впрочемъ и кодексъ отступается отъ начала автономной оцѣнки интереса: согласно art. 1231 судъ можетъ измѣнять размѣръ не-

---

[1]) Laurent: Principes de droit civil français t. 17 § 424 сл., Planiol: Traité élémentaire de droit civil § 253 и сл.

[2]) Planiol § 266.

[3]) Laurent, ук. соч. t. 17, § 451.

устойки, когда часть главнаго обязательства должникомъ исполнена.

Остальные кодексы XIX вѣка съ незначительными отступленіями повторяютъ или римскія или прусско-французскія постановленія и мы на нихъ останавливаться не будемъ. Въ центрѣ вниманія цивилистовъ въ настоящее время стоитъ новое германское уложеніе, дѣйствующее съ 1-го января 1900 года. Хотя оно въ общемъ также, какъ и кодексы 19 вѣка, выросло на почвѣ пандектнаго и отчасти національнаго германскаго права, но въ немъ на ряду съ техническими усовершенствованіями встрѣчаются нѣкоторыя смѣлыя нововведенія соціальнаго характера, въ которыхъ симптоматически отражаются измѣнившіяся общественныя отношенія и правовыя воззрѣнія. Эти иронически названныя „каплями соціальнаго масла" нововведенія естественно сосредоточиваютъ на себя особенное вниманіе, вызывая у однихъ преувеличенный восторгъ, у другихъ—чрезмѣрный скептицизмъ. Въ ученіи о неустойкѣ герм. улож. повторяетъ положенія римскаго права: нормальная функція неустойки—оцѣночная, нормальное отношеніе между нею и интересомъ—альтернативное. Оцѣнка интереса предоставлена автономному соглашенію сторонъ, размѣръ ея закономъ не ограничивается и не сокращается въ случаѣ частичнаго исполненія, но вопреки такому характеру оцѣнки кредитору предоставляется право дополнительнаго взысканія. Вторая коммисія подъ вліяніемъ критики при пересмотрѣ проекта уложенія обратила вниманіе на то, что неограниченная свобода сторонъ при опредѣленіи размѣра неустойки легко можетъ повести къ эксплуатаціи должника. Она, поэтому, сочла нужнымъ прибавить свою „каплю соціальнаго масла" и предоставила суду право уменьшенія чрезмѣрной неустойки, причемъ суду вмѣнено въ обязанность принимать въ соображеніе не только имущественный, но также всякій другой интересъ кредитора. Такимъ образомъ въ законѣ сохраненъ принципъ автономной оцѣнки, но судъ можетъ, когда онъ это признаетъ справедливымъ, съ нимъ не считаться, а замѣнять оцѣнку сторонъ своею. Право суда на уменьшеніе чрезмѣрныхъ неустоекъ встрѣ-

чалось впрочемъ и раньше, напр. въ Австрійскомъ уложеніи, гдѣ судъ обязанъ каждый разъ выслушивать свѣдующихъ людей, и между прочимъ также въ нашей практикѣ до изданія свода.

Всѣ разсмотрѣнныя нами западноевропейскія законодательства выдвигаютъ на первый планъ оцѣнку интереса. На противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ наше дѣйствующее законодательство. Если противное не вытекаетъ изъ договора, кредиторъ можетъ взыскивать неустойку—по выраженію закона—„независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора" т. е. кумулятивно. Законъ такимъ образомъ видитъ въ неустойкѣ штрафъ, кару за неисправность. Любопытно, что, не смотря на такой ясно выраженный взглядъ законодателя при толкованіи закона все-же часто исходятъ изъ оцѣночной природы неустойки. Нашъ X томъ говоритъ о кумуляціи неустойки съ исполненіемъ, но оставляетъ открытымъ вопросъ объ отношеніи ея къ убыткамъ. Нѣкоторые изслѣдователи рѣшаютъ этотъ вопросъ въ смыслѣ альтернативнаго взысканія. Изъ нихъ Пестржецкій ссылается на то, что неустойка имѣетъ природу заранѣе оцѣненнаго интереса, Змирловъ и Пергаментъ считаютъ ст. 1585 позаимствованною—по мнѣнію перваго изъ кодекса Наполеона, по мнѣнію второго,—изъ австрійскаго уложенія и находятъ, что она должна быть толкуема согласно съ духомъ ея первоисточника, т. е. опять въ смыслѣ антиципированнаго интереса. Никакихъ ограниченій размѣра неустойки русскій законъ не устанавливаетъ; только въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ опредѣленъ ея предѣлъ non ultra alterum tantum.

Исключительное положеніе занимаемое по вопросу о неустойкѣ нашимъ сводомъ уже указываетъ на его несоотвѣтствіе требованіямъ современной жизни. Составители проекта гражданскаго уложенія при единодушномъ одобреніи критики замѣнили карательную неустойку оцѣночною, кумулятивное взысканіе альтернативнымъ. Проектъ въ общемъ повторяетъ постановленія германскаго уложенія. Въ одномъ только пунктѣ онъ существенно и весьма невыгодно отличается отъ своего образца. Проектъ въ ст. 59 освобождаетъ должника

отъ неустойки, „когда обязательство не исполнено не по его винѣ“. Германское уложеніе для взысканія неустойки требуетъ наличности просрочки, за просрочку же должникъ отвѣчаетъ только тогда, когда она произошла вслѣдствіе обстоятельства, которое ему можетъ быть вмѣнено въ вину (ein Umstand, den der Schuldner nicht zu vertreten hat). Это, конечно, не то же самое, что личная вина должника. Сюда входитъ и отвѣтственность за помощниковъ и замѣстителей, а въ извѣстныхъ случаяхъ даже за casus. Въ слѣдующей статьѣ и нашъ проектъ говоритъ, что „право на неустойку возникаетъ, если должникъ не исполнитъ своего обязательства въ постановленный въ договорѣ срокъ или вообще впадаетъ въ просрочку“. Но по ст. 126 и 127 проекта послѣдствія просрочки наступаютъ независимо отъ вины должника, который освобождается отъ нихъ только тогда, если докажетъ, что просрочка произошла вслѣдствіе случайнаго событія. Получается такимъ образомъ противорѣчіе между статьями 59 и 60 проекта. Нельзя не замѣтить, что при удовлетворительномъ разрѣшеніи вопроса о значеніи вины должника для его отвѣтственности изъ договора спеціальное упоминаніе о значеніи вины для неустойки едва-ли представляется нужнымъ.—По вопросу объ оцѣнкѣ интереса проектъ ничемъ не отличается отъ своего образца. Не забыто и право судейскаго уменьшенія чрезмѣрной неустойки съ тѣмъ, чтобы судъ принималъ во вниманіе не только имущественный, но и всякій другой справедливый интересъ кредитора. Это постановленіе—какъ выяснилъ проф. Покровскій [1])—въ нашемъ проектѣ имѣетъ однако совершенно другое значеніе, чѣмъ въ германскомъ Уложеніи. Послѣднее кромѣ случаевъ, въ законѣ спеціально указанныхъ, вообще не признаетъ права на возмѣщеніе нематеріальнаго вреда. Слѣдовательно указанное постановленіе обезпечиваетъ кредитору въ видѣ возмѣщенія за нематеріальный вредъ все-же нѣкоторый плюсъ къ обыкновеннымъ убыткамъ. Въ нашемъ проектѣ нематеріальный вредъ вообще

[1]) Покровскій: Справедливость, усмотрѣніе судьи и судебная опека въ Вѣст. Права за 1899 г. № 10 стр. 70 слѣд.

подлежитъ возмѣщенію, такъ что и при обязанности суда принять въ соображеніе этотъ вредъ, кредиторъ не получаетъ больше того, что онъ бы получилъ безъ неустоичнаго соглашенія.

Краткій обзоръ главнѣйшихъ западно-европейскихъ законодательствъ показалъ намъ, что всѣ они исходятъ изъ представленія о неустойкѣ, какъ автономно оцѣненномъ заранѣе интересѣ, но ни одно изъ нихъ не проводитъ этого взгляда вполнѣ послѣдовательно, предоставляя то кредитору, то должнику право возбуждать вопросъ объ отношеніи оцѣнки интереса къ дѣйствительному ущербу въ цѣляхъ согласованія ихъ между собою. Неудивительно, что въ судебной практикѣ [1]) и въ литературѣ по вопросамъ, касающимся неустойки, замѣчаются значительныя колебанія и разногласія въ зависимости отъ тенденціи къ расширенію или къ съуженію автономіи сторонъ при оцѣнкѣ интереса. Для разрѣшенія этихъ вопросовъ или прибѣгаютъ къ предполагаемой природной функціи неустойки или къ такимъ эквилибристическимъ пріемамъ, какими, напр., французская юриспруденція доказываетъ право кредитора на требованіе убытковъ при неустоичномъ договорѣ [2]). Причина этого шатанія, по нашему мнѣнію, кроется въ отсутствіи яснаго, послѣдовательно и сознательно проведеннаго принципа оцѣнки интереса. Если оцѣнка предоставлена свободному соглашенію сторонъ, ни дополнительное взысканіе убытковъ, ни пониженіе размѣра неустойки не могутъ имѣть мѣста. Если-же эти послѣдствія неустойки признаются желательными, принципъ произвольной оцѣнки интереса долженъ быть замѣненъ требованіемъ соразмѣрности, т. е. извѣстнаго, поддающагося провѣркѣ, соотношенія между неустойкою и интересомъ. Нельзя считать нормальнымъ такое положеніе вещей, при которомъ закономъ предоставляется сторонамъ произвольно оцѣнивать свой интересъ, руковод-

---

[1]) Мы не можемъ въ предѣлахъ настоящей статьи дать обзоръ судебной практики, но достаточно пересмотрѣть главнѣйшія рѣшенія германскихъ и французскихъ судовъ и отчасти нашего Правительствующаго Сената, чтобы убѣдиться въ правильности сказаннаго.

[2]) Пергаментъ: ук. соч. стр. 186.



ствуясь какими угодно соображеніями безотносительно къ фактическому ущербу, тѣмъ-же закономъ кредитору предоставляется доказывать на судѣ, что произведенная оцѣнка не покрываетъ его убытковъ и въ тоже время суду дается право въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ входить въ разсмотрѣніе вопроса, не представляется-ли неустойка чрезмѣрной, и уменьшать ее до размѣра дѣйствительнаго ущерба. Такая безпринципность закона ставитъ практику въ безпомощное положеніе при его толкованіи и при разрѣшеніи вопросовъ, прямо закономъ не предусмотрѣнныхъ.

Намъ остается въ заключеніе выяснить съ точки зрѣнія политики права, какую функцію неустойки—пенальную или оцѣночную—слѣдуетъ признать нормальною, какую исключительною, и отвѣтить на вопросъ, слѣдуетъ-ли de lege ferenda придерживаться начала автономной оцѣнки или установить въ законѣ реквизитъ соразмѣрности въ указанномъ нами смыслѣ? Какъ мы видѣли положительное право даетъ намъ по первому вопросу совершенно опредѣленный отвѣтъ: неустойка, если противное не вытекаетъ изъ договора, имѣетъ свойство заранѣе оцѣненнаго интереса кредитора. И это вполнѣ понятно и разумно. Въ интересахъ гражданскаго оборота желательно, чтобы хозяйственные и другіе разсчеты, построенные на исполненіи обязательствъ имѣли прочное основаніе и не обманывались, чтобы должники пріучались быть исправными и не надѣялись на трудность доказыванія убытковъ. Неустойка даетъ кредитору возможность, съ одной стороны, заранѣе учитывать и точно опредѣлять послѣдствія неисправности должника, съ другой стороны,—создать лишній—сообразный съ индивидуальностью должника—стимулъ къ исправности. То и другое вполнѣ достигается оцѣночною неустойкою, если кредиторъ не лишенъ возможности при оцѣнкѣ своего интереса до извѣстной степени принять въ соображеніе элементъ субъективный и если въ цѣляхъ устрашенія размѣръ неустойки можетъ и превышать интересъ кредитора. Однако при экономическомъ и интеллектуальномъ неравенствѣ контрагентовъ безконтрольная автономная оцѣнка интереса можетъ превратить неустойку въ страшную кару для

должника и ея оцѣночный характеръ въ полнѣйшую фикцію. Терпимо-ли это? Утвердительно на этотъ вопросъ можетъ отвѣтить только тотъ, кто смотритъ на субъективное право исключительно какъ на продуктъ борьбы частныхъ интересовъ, какъ на добычу побѣдителя, котораго не судятъ. Въ современномъ обществѣ индивидуально-психологическій взглядъ замѣтно уступаетъ мѣсто возрѣнію на субъективныя права, какъ на блага, ввѣренныя членамъ общежитія для разумнаго пользованія, согласнаго съ интересами и съ нравственными возрѣніями общества.

Съ этой точки зрѣнія автономной оцѣнкѣ интереса и карательному элементу въ неустойкѣ могутъ и должны быть положены границы. Мы видѣли, что одни устанавливаютъ максимальный предѣлъ въ самомъ законѣ, опредѣляя, насколько она можетъ превышать фактическій ущербъ (Прусское Уложеніе I, 5 § 301, ч. 1 т. X Св. Зак. ст. 1584), другіе даютъ суду дискреціонное право пониженія ея размѣра согласно конкретнымъ условіямъ даннаго случая, то указывая въ законѣ минимальный предѣлъ пониженія (возмѣщеніе имущественнаго и всякаго другого справедливаго интереса кредитора), то предоставляя его всецѣло „справедливому усмотрѣнію судьи“. Заслуживаетъ упоминанія оригинальное предложеніе нѣмецкаго юриста Бера примѣнять къ неустойкѣ правила объ условномъ осужденіи. При извѣстныхъ обстоятельствахъ судъ, по его мнѣнію, долженъ присуждать должника къ уплатѣ неустойки условно на тотъ случай, если онъ въ назначенный срокъ не исполнитъ своего обязательства. Условное осужденіе, однако, большого практическаго значенія имѣть не можетъ; оно примѣнимо только тогда, когда должникъ еще можетъ исполнять обѣщанное и исполненіе еще соотвѣтствуетъ интересамъ кредитора, а такихъ случаевъ сравнительно немного. Остается, слѣдовательно, выборъ между нормировкою размѣра неустойки въ законѣ и судейскимъ усмотрѣніемъ. Первое можетъ быть достигнуто только цѣною отказа отъ начала автономной оцѣнки и замѣною его требованіемъ извѣстнаго объективнаго соотношенія между неустойкою и интересомъ. Произвольная

оцѣнка интереса должна уступить мѣсто объективному масштабу эквивалентности, произвольный размѣръ кары—ограниченному извѣстными предѣлами приросту къ законнымъ обязанностямъ неисправнаго должника. Какъ всякое абстрактное положеніе законная нормировка размѣра неустойки можетъ въ конкретныхъ случаяхъ оказаться несовершенною или даже несправедливою. Кара въ однихъ случаяхъ будетъ очень тяжелою для должника, въ другихъ она можетъ быть недостаточнымъ возмездіемъ для кредитора, субъективный интересъ котораго часто не поддается оцѣнкѣ. Слѣдуетъ-ли отсюда, что законодатель долженъ отказаться отъ установленія предѣльнаго размѣра неустойки и предоставить это право суду? Едва-ли. Граница между судейскимъ усмотрѣніемъ и произволомъ неуловима. Усмотрѣніе колеблетъ твердость и незыблемость закона, вноситъ въ него элементъ случайный, субъективный. Судью можно умилостивить, упросить; судья, въ силу своего воспитанія и принадлежности къ извѣстному кругу можетъ—незамѣтно для самого себя—стоять на классовой точкѣ зрѣнія и не понимать интересовъ лицъ другого общественнаго класса, другого воспитанія. Судейскому усмотрѣнію, поэтому, принципіально не можетъ быть отдано предпочтеніе передъ законодательною нормировкою. Въ законѣ находитъ себѣ выраженіе то рѣшеніе, та постановка, которая по указаніямъ опыта наиболѣе соотвѣтствуетъ общему интересу, занимаетъ среднее мѣсто между разными борющимися интересами и общественными теченіями. Нельзя поэтому не согласиться съ проф. Покровскимъ [1]), что справедливость и дѣйствительное равенство закона въ неизмѣримо большей степени достигается правильною организаціею законодательной власти, подвижностью и чуткостью законодательнаго аппарата, чѣмъ перенесеніемъ части законодательныхъ функцій на судью. Судейскому усмотрѣнію принадлежитъ область оцѣнки конкретныхъ явленій жизни и доказательствъ, область толкованія закона, т. е. опредѣленіе и развитіе кроющихся въ законѣ правовыхъ началъ. Но суду не можетъ

[1]) Покровскій. Гражданскій Судъ и законъ.

быть безъ вреда для твердости правопорядка предоставлено правомочіе создавать эти начала или въ отдѣльныхъ случаяхъ „по справедливому усмотрѣнію“ руководствоваться юридическими принципами, прямо противорѣчащими положеннымъ въ основаніе закона. Уже въ силу этихъ общихъ соображеній мы рѣшительно высказываемся за то, чтобы въ самомъ законѣ было выражено требованіе соразмѣрности неустойки съ интересомъ и установленъ предѣлъ превышенія неустойкою интереса. При такой постановкѣ должникъ не будетъ разсчитывать на милость суда, не будетъ затягивать процессъ возбужденіемъ вопроса о чрезмѣрности неустойки, но онъ въ то же время обезпеченъ отъ эксплуатаціи, ему можетъ быть зачтено частичное исполненіе, насколько имъ уменьшается интересъ кредитора. Кредитору-же въ огромномъ большинствѣ случаевъ и въ предѣлахъ законной нормы неустойки представится полная возможность не только учитывать всѣ тѣ невѣсомые элементы его интереса, которые не поддаются точной оцѣнкѣ, но и прибавлять къ эквиваленту ущерба сумму достаточную, чтобы побудить должника относиться серьезно къ своему обязательству. Вмѣстѣ съ тѣмъ для кредитора въ тѣхъ случаяхъ, когда трудно предвидѣть и заранѣе оцѣнивать послѣдствія неисправности должника, отпадаетъ мотивъ настаивать на высшемъ размѣрѣ неустойки изъ опасенія, что она не покроетъ убытковъ. Разъ неустойка перестаетъ быть lex contractus и устанавливается законное предположеніе, что въ неустойкѣ стороны хотѣли опредѣлить минимумъ того, что кредиторъ имѣетъ получить въ случаѣ неисправности, то нѣтъ разумнаго основанія лишить его права доказывать, что причиненный ему убытокъ выше неустойки, и довзыскивать излишекъ.

Прив.-доц. Л. С. Таль.

СУДЪ ВО ФРАНЦІИ.

Французскія судебныя учрежденія твердо перенесли всѣ революціонныя бури послѣдняго времени, оставаясь,—вотъ уже болѣе вѣка,—неизмѣнными,—какъ бы застывъ въ презрительномъ равнодушіи ко всѣмъ общественнымъ эволюціямъ, къ бурному натиску прогрессивныхъ идей... Пусть кругомъ шумный потокъ политическихъ, экономическихъ и соціальныхъ новыхъ явленій и событій уноситъ—въ своемъ стремительномъ бѣгѣ — обрушивающуюся массу устарѣлыхъ традицій и дряхлыхъ соціальныхъ институтовъ, потокъ этотъ безсильно разбивается, какъ о гранитную скалу, объ одни только французскія судебныя учрежденія. — Самаго значительнаго органа французскаго соціальнаго тѣла,—суда,—не коснулся за послѣдніе сто лѣтъ ножъ хирурга-законодателя, а между тѣмъ органъ этотъ серьезно боленъ, ибо точатъ его многочисленные микробы и все болѣе и болѣе заражаютъ его своимъ ядомъ.—Устарѣла сильно французская судебная организація; не гармонируетъ она больше съ другими—обновленными установленіями французской соціальной жизни. Соскоблите блестящую шелуху со многихъ французскихъ судебныхъ установленій, въ которыя входятъ монополіи адвокатовъ, авуэ (стряпчихъ), судебныхъ приставовъ,—присмотритесь только поближе къ тому, что̀ представляетъ собою французская гражданская процедура,—и вы увидите, что эти установленія совершенно не соотвѣтствуютъ духу нашего

времени и идутъ въ разрѣзъ со здоровыми демократическими идеями.

Казалось бы, что третья республика, которая на скрижаляхъ своихъ огненными буквами начертала великія формулы соціальнаго прогресса, давно должна была поставить свое правосудіе на высоту, которая соотвѣтствуетъ превозглашеннымъ его великимъ принципамъ. Казалось-бы,—но,—увы!... Въ то время, какъ сосѣднія монархіи, какъ даже абсолютныя державы, въ послѣдніе 25—30 лѣтъ не остановились передъ цѣлымъ рядомъ радикальныхъ судебныхъ реформъ, соотвѣтствующихъ нынѣшнему соціальному строю и господствующимъ новымъ идеямъ,—французская третья республика до настоящаго времени находила возможнымъ продолжать жить судебными учрежденіями, въ большинствѣ завѣщанными ей далекимъ прошлымъ. Конечно, кое что—и очень хорошаго—въ области правосудія сдѣлала и третья республика. Было бы крайне несправедливо не признать, что ею произведены нѣкоторыя судебныя реформы, которыми она вполнѣ можетъ гордиться. Но эти реформы совершенно блѣднѣютъ передъ той судебной реформой, которую она должна предпринять, если бы она искренно желала быть вполнѣ послѣдовательной въ своихъ дѣйствіяхъ съ своими принципами! Дѣятельность третьей республики,—что касается судебнаго прогресса,—была только болѣе или менѣе значительна и плодотворна въ области уголовнаго права. Съ этой точки зрѣнія, слѣдуетъ установить, что французское уголовное законодательство въ послѣдніе годы смягчилось, воодушевилось болѣе гуманными чувствами. Въ 1885 г. во Франціи было допущено „условное освобожденіе“ отъ тюремнаго заключенія. Потомъ былъ обнародованъ „Законъ Беранже“ объ „условномъ осужденіи“. Благодаря этому закону, присужденный къ тюремному заключенію освобождается—при наличности извѣстныхъ условій—отъ наказанія. Устранены были также во Франціи затрудненія, мѣшавшія пересмотру уголовныхъ процессовъ. Обнародованъ былъ законъ о вознагражденіи жертвъ судебныхъ ошибокъ. Главное же,—былъ провозглашенъ значительный законъ о „предварительномъ уго-

ловномъ слѣдствіи". Законъ этотъ, уничтоживъ тайный инквизиціонный образъ дѣйствій, который характеризуетъ негласное судебное слѣдствіе, внесъ отнынѣ лучъ свѣта въ мрачную камеру судебнаго слѣдователя, гдѣ вѣками господствовалъ произволъ: отнынѣ защитникъ обвиняемаго получилъ право принимать активное участіе въ предварительномъ судебномъ слѣдствіи.

Но, если третья республика отнеслась отзывчиво къ нѣкоторымъ требованіямъ, формулированнымъ лучшими криминалистами, то совсѣмъ иначе дѣло обстоитъ въ области гражданскаго права и—главнымъ образомъ—въ области гражданскаго судопроизводства. Съ этой точки зрѣнія французская судебная организація подвергается,—ужъ сколько лѣтъ!—систематической критикѣ, какъ со стороны многихъ французскихъ авторовъ-юристовъ, такъ и со стороны нѣкоторыхъ французскихъ законодателей, ежегодно обрушивающихся въ палатѣ депутатовъ и въ Сенатѣ—пламенными филиппиками противъ существующаго во Франціи въ гражданскомъ судѣ порядка вещей. Порядокъ этотъ созданъ Наполеоновскимъ кодексомъ гражданскихъ законовъ и кодексомъ гражданскаго судопроизводства, которые вотъ уже столѣтіе „тяготятъ надъ Франціей". Какъ извѣстно, наполеоновскій кодексъ во многомъ является амальгамой, а часто даже дословнымъ воспроизведеніемъ законовъ стараго режима. Только въ этомъ году французское правительство рѣшилось—въ лицѣ своего министра юстиціи—нанести руку на судебное дѣтище Наполеона: оно,—наконецъ,—публично признало, что Наполеоновскій кодексъ гражданскихъ законовъ далеко не отвѣчаетъ, ни идеямъ, ни потребностямъ, ни стремленіямъ нашего времени,—и оно назначило коммисію для пересмотра этого кодекса. Выработаетъ ли эта коммисія (и когда еще?) судебный памятникъ, который вполнѣ будетъ соотвѣтствовать демократическимъ принципамъ и выработаннымъ лучшей юридической доктриной началамъ,—сказать сейчасъ очень трудно, тѣмъ паче, что коммисіи—даже во Франціи—обречены почти всегда на безплодное существованіе. Конечно, можно только отъ души пожелать, чтобы труды этой коммисіи оправдали

возложенныя на нихъ надежды и не стали бы добычей архивныхъ крысъ, а воплотились бы, какъ можно скорѣе, въ прочномъ законодательномъ актѣ. Это явилось бы первымъ рѣшительнымъ шагомъ къ судебной реформѣ во Франціи. Но, темна вода во облацѣхъ, и я совершенно отказываюсь быть пророкомъ-оптимистомъ тамъ, гдѣ лучшіе французскіе судебные дѣятели въ безсиліи опускаютъ руки и вопросительно пожимаютъ плечами... Одно не подлежитъ сомнѣнію до настоящаго времени,—сейчасъ еще—во Франціи господствуютъ... гражданскія пытки. Гражданскія пытки? Это что такое? Отвѣтъ на этотъ вопросъ мы находимъ у одного французскаго депутата: „при старомъ режимѣ, говоритъ онъ, *судопроизводство* замѣняло во многомъ въ гражданскомъ правѣ пытки, которыя были допущены въ уголовномъ правѣ. *Уголовныя пытки болѣе не существуютъ, но гражданскія пытки вполнѣ еще процвѣтаютъ*". И ужъ прибавлю отъ себя: сіи послѣднія состоятъ въ тѣхъ безчисленныхъ мытарствахъ, въ той безконечной волокитѣ, въ тѣхъ странныхъ,—снимающихъ съ человѣка средняго достатка его послѣднюю рубашку, *судебныхъ издержкахъ* (fruis judiciaires), на которыя осужденъ тотъ несчастный, который имѣетъ гражданскій процессъ во Франціи...

Я не намѣренъ перечислить здѣсь,—это заняло бы слишкомъ много мѣста,—всѣ тѣ обвинительные пункты, которые выставляетъ прокуроръ—„общественная совѣсть — здравый разсудокъ" противъ господствующей во Франціи судебной организаціи, давно пережившей свое время. Остановлюсь только на самыхъ главныхъ. Помните—„судъ скорый"?...

Нѣтъ ничего медленнѣе тянущагося, безконечно тянущагося французскаго гражданскаго процесса.

Даже самое богатое воображеніе, читатель, не можетъ представить себѣ во всей яркости то, что приходится переживать истцу въ тѣ нѣсколько лѣтъ, пока тянется его процессъ... По утвержденію одного французскаго судебнаго дѣятеля, „истцу, чтобы дотянуть свое дѣло до конца, непремѣнно необходимо обладать туго набитымъ кошелькомъ и крѣпкой головой".

Туго-набитый кошелекъ ему необходимъ для того, чтобы имѣть возможность авансировать всѣ судебныя издержки, которыя поглощаютъ громадныя, сравнительно, суммы.

Крѣпкая голова ему необходима для того, чтобы не „рехнуться“ отъ безчисленныхъ процедурныхъ актовъ съ средневѣковыми судопроизводственными формулами: съ варварской терминологіей, отъ одного чтенія которыхъ можетъ у не спеціалиста умъ за разумъ зайти...

Затѣмъ во Франціи гражданскій процессъ можетъ себѣ позволить или очень богатый, или очень бѣдный: послѣдній можетъ быть освобожденъ отъ расходовъ по веденію дѣла. Французскіе же граждане, принадлежащіе къ среднему классу населенія,—мелкіе торговцы, не крупные землевладѣльцы, крестьяне собственники и т. д. лишены возможности прибѣгать къ гражданскому суду для защиты ихъ попраннаго права, ибо, затѣвая гражданскій процессъ, они въ полномъ смыслѣ слова рискуютъ разориться... Оказывается, стало быть, что во Франціи существуетъ очень значительная категорія гражданъ, которые *de facto* лишены возможности искать себѣ защиты въ гражданскомъ судѣ. *De jure* же во Франціи— „*правосудіе безплатно*“—„La Justice est gratuite“. Это положеніе вещей заставило извѣстнаго французскаго драматурга Brieux, автора пьесы изъ французскаго судебнаго міра „Красная мантія“ (Robe Rouge), вложить въ уста одного изъ героевъ пьесы слѣдующую мѣткую фразу: „Спору нѣтъ, правосудіе во Франціи совершенно безплатно, но средства добиться ея очень ужъ дороги“...

Бываетъ и такъ, что выигравшій процессъ кредиторъ обязанъ возвратить казнѣ, въ видѣ судебныхъ издержекъ, всю вырученную имъ отъ публичной продажи недвижимаго имущества должника сумму,—и при этомъ ему приходится еще „приплатить изъ своего кармана“.

Въ гражданскомъ процессѣ ужъ непремѣнно должно фигурировать неизмѣнное тріо: кредиторъ, должникъ (стороны) и „судебный посредникъ“. Безъ „судебнаго посредника“, о которомъ у меня сейчасъ будетъ рѣчь, ни одинъ гражданскій процессъ не можетъ обойтись. И вотъ—„самымъ счастли-

вымъ изъ трехъ“ всегда оказывается этотъ именно посредникъ. О должникѣ, конечно, нечего говорить; кредиторъ очень часто остается при „пиковомъ интересѣ“,—зато „посреднику“ процессъ ужъ непремѣнно принесетъ кругленькую сумму.

Обязательнымъ въ гражданскомъ процессѣ посредникомъ между сторонами и судомъ является во Франціи авуэ,—судебный стряпчій съ широкими полномочіями. Конечно, кромѣ авуэ, стороны должны еще прибѣгать къ услугамъ судебныхъ приставовъ (huissiers), актуаріусовъ (greffiers), адвокатовъ (не всегда), но первую скрипку среди „посредниковъ“ обязательно играетъ авуэ.

Понятно, что онъ артистически заставляетъ оплачивать свое участіе въ тріо,—тѣмъ паче, что законъ защищаетъ его отъ всякихъ поползновеній „сторонъ“ сыграться безъ него. У него—монополія; онъ и пользуется, какъ слѣдуетъ, своимъ привилегированнымъ положеніемъ. Онъ купилъ свой „кабинетъ“ („этюдъ“),—заплатилъ за него очень дорого (въ Парижѣ—нѣсколько сотъ тысячъ франковъ),—пусть же „стороны“ оплачиваютъ его расходы и широко способствуютъ тому, чтобы положенный имъ въ „этюдъ“ капиталъ приносилъ ему жирные проценты. Онъ, въ сущности, настоящій торговецъ, только по „судебной части“. Между нимъ и обыкновеннымъ торговцемъ существуетъ собственно одна только разница: оба, въ большинствѣ случаевъ, стремятся разбогатѣть, какъ можно скорѣе; но въ то время, какъ обыкновенный торговецъ въ своихъ вожделѣніяхъ долженъ сильно считаться съ конкурренціей сосѣда, авуэ нисколько не сталкивается съ суровымъ закономъ спроса и предложенія: вольно же столковавшимся членамъ его корпораціи назначить разъ навсегда выгодную имъ цѣну на *ихъ* „товаръ“, и кліентъ обязанъ ее платить. Впрочемъ, зачѣмъ ему стѣсняться: такъ испоконъ вѣка водилось во Франціи. Извѣстныя судебныя должности („offices ministériels“), должности авуэ (avoué), судебнаго пристава (huissier), актуаріуса (greffier), нотаріуса—*покупались* во Франціи стараго режима: должности эти принадлежали тому, кто за нихъ давалъ большую сумму. Фран-

цузская революція возмутилась такого рода порядкомъ вещей: она провозгласила, что „судебныя должности“ не подлежатъ куплѣ-продажѣ, и уничтожила „продажность“ (venalité) этихъ должностей. Но какъ многое другое, что было уничтожено революціей, было въ скоромъ времени опять возстановлено, такъ и „продажность судебныхъ должностей“ была опять провозглашена во Франціи въ 1816 г. Конечно, должности эти были раскуплены сейчасъ же на расхватъ, и тогдашнее французское правительство забрало такимъ образомъ громадную сумму денегъ. Только послѣдствія этой финансовой операціи не преминули сказаться: французскій народъ сталъ роптать вслѣдствіе того, что судебныя издержки чувствительно увеличились. Правительство и само уже не было радо, что „должности“ стали привилегіей ограниченнаго числа лицъ. Но эти послѣднія были, вѣдь, *собственниками* этихъ должностей: ихъ можно было лишить ихъ собственности только подъ условіемъ *выкупа*, а чтобы выкупить „должности“ у правительства уже тогда не было средствъ. За послѣднія же пятьдесятъ лѣтъ рыночная цѣна „этюдовъ“ очень значительно увеличилась, и французскій законодатель въ безсиліи опускаетъ руки при мысли о той колоссальной суммѣ, которую государству придется выплатить собственникамъ „судебныхъ должностей“, и онъ не рѣшается возложить такую новую финансовую тяжесть на плечи французскаго народа. Такимъ образомъ, съ года въ годъ эта въ полномъ смыслѣ французская общественная язва все болѣе и болѣе расширялась, и теперь нужны очень радикальныя мѣры, чтобы освободиться отъ нея. Бѣда еще состоитъ въ томъ, что слишкомъ много людей сильно заинтересованы въ полномъ сохраненіи этого порядка вещей. „Классъ собственниковъ судебныхъ должностей“ въ нынѣшней Франціи ни за что не хочетъ выпустить изъ зубовъ лакомый кусокъ; занимая довольно видное положеніе во французской общественной жизни, онъ всегда маневрируетъ на столько ловко, что всѣ законодательныя начинанія, имѣвшія въ виду хотя бы только нѣкоторое ограниченіе его волчьяго аппетита,—умираютъ ранней смертью, „отцвѣтаютъ, не успѣвши расцвѣсть“.

Тѣ изъ кандидатовъ въ депутаты, которые рѣшаются на избирательныхъ собраніяхъ поднять вопросъ о необходимости уменьшенія платы за судопроизводственныя бумаги, вызываютъ противъ себя сильнѣйшій гнѣвъ авуэ.

Во время послѣдней избирательной кампаніи кандидаты, которые выставили въ своей программѣ реформу французскаго судопроизводства и уменьшеніе таксы судебныхъ издержекъ, были немедленно подвергнуты стряпчими-авуэ бойкотированію. Въ одномъ большомъ французскомъ городѣ всѣ авуэ приняли рѣшеніе, на основаніи котораго они обязались не передавать никакихъ судебныхъ дѣлъ тѣмъ изъ адвокатовъ, которые будутъ поддерживать кандидатовъ, осмѣлившихся выставить въ ихъ политической программѣ реформу судопроизводства. Не только адвокаты были бойкотированы, но даже газеты, въ которыхъ были напечатаны программы кандидатовъ, подверглись той же участи: авуэ заявили, что отнынѣ они отказываются помѣщать въ этихъ газетахъ судебныя объявленія.

Оставимъ, однако, авуэ. Во французской судебной организаціи не они одни только подвергаются заслуженной критикѣ. Даже министръ юстиціи долженъ былъ въ прошломъ году сознаться въ палатѣ депутатовъ, что „французская судебная организація заставляетъ желать многаго: ее необходимо измѣнить“. Какъ первый шагъ къ достиженію этой цѣли, министръ назначилъ коммисію, о которой я уже упомянулъ выше, и которая должна составить проектъ новаго гражданскаго уложенія. По словамъ министра, „эта коммисія должна найдти въ дѣйствующихъ иностранныхъ законодательствахъ тѣ нормы и тѣ гражданскіе институты, которые могутъ быть введены во французское гражданское уложеніе“.

Это признаніе ясно показываетъ, насколько дѣйствующее французское законодательство отстало. Въ прошломъ столѣтіи Европа заимствовала свои нормы и судебныя установленія у Франціи,—теперь же Франціи приходится по этой части учиться у Европы.

Да, не одни только авуэ—стряпчіе подвергаются благодаря ихъ монополіи, горькой критикѣ: подъ удары послѣд-

ней попадають еще, и дѣйствующій сводъ гражданскихъ законовъ, и дѣйствующій сводъ гражданскаго судопроизводства; не щадитъ также критика и монопольной корпораціи французскихъ адвокатовъ,—требуетъ она также реформы организаціи самой французской магистратуры. Однако, критика, конечно, не довольствуется только отрицательной дѣятельностью, освѣщеніемъ многочисленныхъ трещинъ, имѣющихся на блестящемъ фасадѣ французской судебной организаціи,—она выставляетъ еще рядъ выработанныхъ ею положительныхъ реформъ, осуществленія которыхъ она настойчиво добивается во Франціи.

Французское сословіе адвокатовъ, иначе—„барро", образовываетъ своего рода касту. Являясь единственной уцѣлѣвшей во Франціи послѣ великой революціи средневѣковой корпораціей,—одѣтое въ броню вѣковыхъ традицій и нормъ, это сословіе далеко ушло отъ практическихъ требованій современной жизни и, какъ бы застыло въ своихъ,—во многихъ отношеніяхъ совершенно устарѣлыхъ, регламентахъ и обычаяхъ. Въ одномъ изъ моихъ ближайшихъ писемъ, которое всецѣло посвящу французскому сословію адвокатовъ, я намѣренъ доказать справедливость моего только что высказаннаго опредѣленія.

Что же касается критики, которой подвергается французская магистратура, то ея характеръ куда лучше моего, конечно, опредѣлитъ французскій министръ юстиціи, которому и уступаю слово: „Существуетъ во Франціи,—сказалъ министръ юстиціи въ прошломъ году въ палатѣ депутатовъ,—существуетъ во Франціи старинная традиція, которая требуетъ, чтобы наше судейское сословіе всякій разъ, какъ о немъ говорятъ, подвергалось горькой критикѣ. Такъ обстояло дѣло при всѣхъ предшествовавшихъ режимахъ, такъ оно обстоитъ и сегодня. Конечно, магистратура и стоящій во главѣ ея министръ не безъ сильнаго волненія переносятъ эти нападки. Однако, она сама признаетъ, и я признаю вмѣстѣ съ нею, что она является человѣческимъ учрежденіемъ, составленнымъ изъ людей, которые, какъ всѣ люди, даютъ иногда мѣсто критикѣ. Но, господа, я не могу допустить,

чтобы сказали,—и противъ этого я горячо протестую,—что наша магистратура является покорнымъ орудіемъ въ рукахъ власти". И министръ счелъ еще нужнымъ прибавить: „Я утверждаю, что наша магистратура совершенно независима". На помощь министру юстиціи на томъ же засѣданіи палаты депутатовъ депутатъ Мартэнъ выступилъ со слѣдующими словами: „Допускаю, что можно встрѣтить у нашихъ магистратовъ честолюбивые помыслы и желаніе выдвинуться, заглушающія всѣ другія стремленія; но въ общемъ наша магистратура честна и достойна той миссіи, которую ей поручили наши законы".

Уже изъ этихъ защитительныхъ словъ читатель можетъ видѣть, въ чемъ состоятъ главные пункты обвиненія, которые выставляются противъ французской магистратуры. Только что цитированный мною депутатъ Мартэнъ утверждаетъ, что, если *независимость* французскаго судьи иногда не проявляется на дѣлѣ въ полной силѣ, что если французская магистратура иногда въ своемъ образѣ дѣйствія проявляетъ наклонность прислушиваться только къ голосу правительства, то это потому, что магистратура въ сущности не пользуется во Франціи полной *независимостью*. Правда, законъ гарантируетъ французскому судьѣ это благо; правда, французскій судья можетъ быть отрѣшенъ отъ должности только по рѣшенію суда,—въ случаѣ только совершенія имъ предвидѣннаго закономъ преступленія или проступка. Правительство, стало быть, не властно „бросить за бортъ" судью, который рѣшаетъ дѣла въ смыслѣ, непріятномъ правительству. Однако, отъ правительства зависитъ—во-первыхъ, *назначеніе* на должность судьи и во-вторыхъ повышеніе или пониженіе по должности. Понятно, что эти двѣ прерогативы правительства гипнотизирующимъ образомъ дѣйствуютъ на нѣкоторыхъ магистратовъ, склонныхъ вслѣдствіе этого скорѣе прислуживаться, чѣмъ прислушиваться только къ абсолютнымъ велѣніямъ ихъ совѣсти. И то, впрочемъ, сказать: судья-человѣкъ; не слѣдуетъ его слишкомъ искушать: для того, чтобы онъ проявлялъ зависимость только отъ своей совѣсти, чтобы онъ всегда оставался глухъ къ заманчивымъ искушеніямъ, исхо-

дящимъ отъ правительства, необходимо прежде всего сдѣлать такъ, чтобы его служебная судьба никоимъ образомъ не была въ зависимости отъ доброй воли высшей правителвственной власти—необходимо дать магистратурѣ такую организацію, при которой не было бы, ни высшихъ, ни низшихъ судей (не лежать ли на всѣхъ судей одинаковыя обязанности? Не преслѣдують ли всѣ судьи одинаковыя цѣли?)—при которой не было бы мѣста,—ни проявленію со стороны судей честолюбивыхъ помысловъ, ни необходимости „выслуживаться передъ начальствомъ".

Съ этою цѣлью нѣкоторые сторонники судебныхъ реформъ во Франціи опять стали проводить идею о томъ, чтобы судьи избирались народомъ, а не назначались правительствомъ. Извѣстный французскій депутатъ Вивіани (Viviani), горячій сторонникъ этой системы, ловко парируетъ ихъ возраженія, которыя обыкновенно выставляютъ противъ нея. „Развѣ, спрашиваетъ онъ, судьи, которые засѣдаютъ въ нашихъ коммерческихъ судахъ, и которые избираются населеніемъ, не такъ же блестяще справляются съ ихъ задачей, какъ если бы они были назначены правительствомъ? Говорятъ, судья, который будетъ зависѣть отъ избирателей, будетъ склоненъ дѣлать поблажки своимъ избирателямъ; но развѣ при существующей системѣ повышеніе по службѣ или то или другое отличіе не можетъ вліять на совѣсть судьи?.. Съ другой же стороны,—въ первомъ случаѣ дѣйствія судьи все-таки въ общемъ должны будутъ руководствоваться коллективной волей,—общественной совѣстью,—тогда какъ во второмъ случаѣ судья—для удовлетворенія своихъ личныхъ интересовъ—можетъ считаться только съ волей одного человѣка,—министра юстиціи".

Однако, сторонники системы организаціи магистратуры на выборномъ началѣ отдаютъ себѣ отчетъ въ томъ, что при настоящемъ положеніи вещей и при господствующихъ еще нынѣ идеяхъ, наврядъ ли возможно ожидать теперь отъ французскаго законодателя проведенія въ жизнь этой системы. Они поэтому требуютъ, чтобы Франція послѣдовала, по крайней мѣрѣ, примѣру Англіи, въ которой, какъ извѣстно, полная независимость судьи обусловливается радикальнымъ отсут-

ствіемъ причинъ, вызывающихъ на дѣлѣ зависимость: въ Англіи, вѣдь, судья получаетъ съ самаго же начала своей карьеры значительное жалованье и онъ не подлежитъ—со стороны правительства—никакому повышенію или отличію по службѣ. Такимъ образомъ, въ Англіи совершенно не существуетъ для судей заманчиваго источника искушенія, благодаря которому нѣкоторые судьи въ другихъ странахъ, гдѣ „источникъ" бьетъ сильнымъ ключомъ, обнаруживаютъ иногда слабость и снисходительность по отношенію къ доброй волѣ начальства...

Еще Гамбета мечталъ о созданіи во Франціи такой организаціи магистратуры. Высказанныя имъ по этому поводу мысли еще и теперь полны животрепещущаго интереса для Франціи. Не могу не привести слѣдующей выдержки изъ его рѣчи, посвященной имъ судебной реформѣ во Франціи. „Необходимо сдѣлать три вещи, сказалъ онъ, чтобы поставить судебное сословіе на должную высоту. Необходимо, во-первыхъ, выбирать судей среди людей знающихъ и просвѣщенныхъ,—необходимо, стало быть, допускать ихъ только по конкурсу, по выдержаніи ими строгаго экзамена; необходимо—во-вторыхъ—представить имъ почетное и почитаемое положеніе, такъ, чтобы матеріальный вопросъ не являлся препятствіемъ для кандидата на судебную должность; необходимо, наконецъ, въ третьихъ—и этого я особенно желаю,—чтобы для судей не существовало больше повышенія по службѣ, и чтобы ихъ положеніе было на столько почитаемо и уважаемо, что интересъ „повыситься" рѣшительно отсутствовалъ бы для нихъ. Они бы тогда намъ не представляли того зрѣлища, что, являясь по закону несмѣняемыми, безсмѣнными, они на дѣлѣ являются что̀ ни есть мѣняющимися, подвижными"... „Слѣдуетъ уменьшить число судей, и тогда у васъ будутъ средства хорошо ихъ оплачивать".

Что число судей можно уменьшить безъ особеннаго вреда для правосудія,—для многихъ не подлежитъ никакому сомнѣнію. Они, напримѣръ, спрашиваютъ себя, почему на судѣ засѣдаютъ трое судей,—и въ чемъ состоитъ практическая польза, приносимая двумя изъ этихъ судей? Вѣдь ни для

кого не тайна, что только предсѣдатель суда изучаетъ дѣло, ведетъ судебныя пренія, освѣщаетъ ихъ и подъ конецъ—судитъ: его ассесоры присутствуютъ только для формы и для законности судебнаго рѣшенія. Развѣ мировой судья, который судитъ единолично, не произноситъ вполнѣ авторитетныхъ судебныхъ рѣшеній? Съ другой стороны, интересы судящихся могутъ только выиграть отъ рѣшенія ихъ дѣла однимъ только судьей: если желаютъ, чтобы судья дѣйствительно являлся отвѣтствующимъ за свои дѣйствія, необходимо, чтобы эта отвѣтственность падала на одно только лицо, которое не могло бы, такимъ образомъ, для своего оправданія „кивать на Петра" и сваливать вину на другихъ (своихъ ассесоровъ).

Необходимость, чтобы на засѣданіи суда присутствовало трое судей, влечетъ еще то послѣдствіе, что—при многочисленности судебныхъ дѣлъ—судъ можетъ посвящать ихъ разбору очень мало времени. Если бы каждое дѣло разбиралось только однимъ судьей, обвиняемый имѣлъ бы въ своемъ распоряженіи втрое больше времени для представленія своей защиты и для выясненія своего дѣла. На практикѣ въ Парижѣ и вообще во Франціи—это положеніе вещей сводится—въ исправительномъ, напримѣръ, судѣ—къ невѣроятно быстрому рѣшенію разсматриваемыхъ дѣлъ. Про французскій исправительный судъ (tribunal correctionel), который можетъ назначить наказаніе до *пяти лѣтъ* тюремнаго заключенія, утверждаютъ, что въ немъ правосудіе справляется „съ быстротой мчащагося на всѣхъ парахъ локомотива".

Читали ли вы талантливую пьесу Анатоля Франса „Дѣло Крэнкбія" (L'affaire Crainquebille). Вдумчивый писатель раскрываетъ передъ нами одно изъ дѣлъ суда исправительной полиціи: *какъ* оно создалось, *какъ* оно судилось, и какъ при этомъ, въ сущности, существовало для судей *оно*, то есть данное судебное дѣло, и совершенно, можно сказать, терялся въ туманѣ передъ очами правосудія *онъ*,—живое существо, объектъ преслѣдованія, подсудимый... Въ этой пьесѣ мы присутствуемъ, между прочимъ, при такой сценѣ: засѣданіе суда исправительной полиціи—жандармы вводятъ въ судебную камеру героя пьесы, молодого человѣка, уличнаго продавца

фруктовъ. Предсѣдатель суда освѣдомляется у героя объ его имени, потомъ о чемъ то шепчется съ однимъ изъ своихъ ассесоровъ, потомъ что то читаетъ вслухъ. Герой ничего не понимаетъ, хлопаетъ ушами, въ головѣ у него жужжитъ;—онъ хочетъ о чемъ то спросить, но приведшіе его жандармы выталкиваютъ его за дверь изъ камеры: уже разбирается слѣдующее дѣло. Только въ корридорѣ суда герой нашъ узнаетъ отъ жандармовъ, въ чемъ его обвиняли, подъ какую статью закона его подвели; онъ также отъ нихъ узнаетъ, что судъ его осудилъ на нѣсколько мѣсяцевъ тюремнаго заключенія...

Можно, пожалуй, подумать, что вся эта сцена отзывается сильнымъ шаржемъ,—но Анатоль Франсъ слишкомъ наблюдательный, отзывчивый и честный писатель, чтобы прибѣгать къ злобной каррикатурѣ сторонъ французской соціальной жизни.

Не болѣе щадитъ современный французскій исправительный судъ французскій депутатъ Габріэль Баронъ. „Обвиняемый,—говоритъ онъ,—является передъ исправительнымъ судомъ. Вызываютъ его дѣло; онъ встаетъ. Предсѣдатель суда спрашиваетъ его, какъ онъ называется и предлагаетъ ему дать нѣкоторыя объясненія. Но, едва онъ раскрываетъ ротъ, чтобы дать отвѣтъ, какъ предсѣдатель говоритъ ему: „садитесь“ и обращается къ адвокату: „Мэтръ, за вами слово“. Адвокатъ встаетъ, онъ собирается произнести защитительную рѣчь. Немедленно предсѣдатель предается особенной игрѣ физіономіи, которая хорошо извѣстна адвокату: это только быстро устремленный взглядъ, который, однако, имѣетъ глубокое значеніе, и адвокатъ его сейчасъ же понимаетъ: если онъ будетъ говорить,—высшая мѣра наказанія, если же онъ удержится отъ своей рѣчи—низшая мѣра наказанія“.

Конечно, такого рода засѣданія исправительнаго суда не являются во Франціи постояннымъ явленіемъ: когда судьи не завалены дѣлами,—когда имъ не приходится за день рѣшать нѣсколько десятковъ дѣлъ,—тогда они терпѣливо выслушиваютъ объясненія подсудимаго и защиту адвоката.

* * *

Каждая законодательная сессія во Франціи вызываетъ къ жизни спеціальную „коммисію судебной реформы“, но—по волѣ неисповѣдимыхъ судебъ—коммисія эта никогда не добивается серьезныхъ практическихъ результатовъ. Не то, чтобы она не работала, не то, чтобы она сидѣла сложа руки,—нѣтъ: работы этой коммисіи представляютъ цѣнный матеріалъ—съ точки зрѣнія необходимыхъ во Франціи судебныхъ реформъ,—онѣ даютъ рядъ крайне полезныхъ для законодателя указаній, имѣющихъ объектомъ новыя теченія въ области юридической мысли, онѣ формулируютъ признанныя очень желательными судебныя реформы,—но какъ то все случается такъ, что эти работы никакъ не добиваются обсужденія законодательнымъ собраніемъ.

Какъ бы то ни было, во Франціи все сильнѣе и сильнѣе раздаются авторитетные голоса, требующіе постройки на новыхъ началахъ организаціи французской магистратуры, радикальнаго пересмотра дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ и законовъ судопроизводства, уничтоженія монополіи мѣстныхъ „судебныхъ должностей“ и, кромѣ того, цѣлаго ряда измѣненій во французскихъ уголовныхъ законахъ.

Среди требуемыхъ реформъ въ области французскаго уголовнаго законодательства первое мѣсто слѣдуетъ отвести суду присяжныхъ: не только провозглашаютъ необходимость примѣненія этого института ко всѣмъ безъ исключенія дѣламъ уголовнаго характера, не только, стало быть, находятъ нужнымъ, чтобы и въ судѣ исправительной полиціи, вѣдующемъ *проступки*, вердиктъ былъ произнесенъ присяжными засѣдателями, но и желаютъ еще, чтобы и гражданскія дѣла впредь рѣшались судомъ на основаніи вердикта присяжныхъ засѣдателей. Словомъ, желаютъ сдѣлать изъ суда присяжныхъ главный двигатель правосудія во Франціи.

Во Франціи предсѣдатель уголовнаго суда не имѣетъ права резюмировать передъ присяжными засѣдателями судебныя пренія: *резюме* предсѣдателя нѣсколько лѣтъ уже отмѣнено французскимъ законодателемъ, ибо нашли, что это резюме обыкновенно являлось своего рода обвинительной рѣчью. Теперь желаютъ сдѣлать новый шагъ впередъ въ этомъ от-

ношеніи, а именно: чтобы достигнуть полнаго безпристрастія во время судебнаго разбирательства въ исправительномъ или гражданскомъ судѣ, требуютъ, чтобы предсѣдатель не предлагалъ никакихъ вопросовъ,—ни обвиняемому, ни свидѣтелямъ, ни обвинительной власти, ни защитѣ,—*никому*. „Дѣйствительно,—спрашиваетъ сторонникъ этого запрета, депутатъ Мартэнъ,—каково положеніе вещей въ судѣ, въ которомъ не принимаютъ участіе присяжные засѣдатели? Предсѣдатель и его два товарища (ассесора) должны рѣшить дѣло; они должны *судить* и, стало быть, до конца судебнаго разбирательства ничто не должно нарушать ихъ безпристрастіе,—никакія внушенія со стороны обвиненія или со стороны защиты не должны имѣть на нихъ вліяніе. Защита должна хранить молчаніе до тѣхъ поръ, пока обвинительная власть не высказалась. Вѣдь, это обвинительная власть, которая предала обвиняемаго суду. Прокуроръ, такимъ образомъ, является истцомъ: онъ обязанъ представить доказательства того, что̀ онъ утверждаетъ,—онъ долженъ дать судьямъ всѣ тѣ данныя, на основаніи которыхъ можетъ у нихъ составиться убѣжденіе въ виновности обвиняемаго. Съ этой цѣлью *прокуроръ* долженъ предлагать вопросы на судебномъ засѣданіи, а не предсѣдатель суда, *допросъ котораго является всегда громадной опасностью для обвиняемаго*. Дѣло въ томъ, что, если предсѣдатель дѣйствительно желаетъ, чтобы его допросъ привелъ къ раскрытію истины, то онъ volens-nolens обязанъ превратиться въ обвинителя, уйти, такъ сказать, весь въ обвинительный актъ, освѣтить всѣ уголки его, сродниться со всѣми утвержденіями и доказательствами этого акта,—такъ что сплошь и рядомъ случается такъ, что подъ конецъ допроса предсѣдатель, самъ того не замѣчая и вопреки его желанію оставаться совершенно безпристрастнымъ, въ дѣйствительности превращается въ свою очередь въ обвинителя“. Не трудно предвидѣть, что онъ поневолѣ обыкновенно рѣшаетъ вопросъ о виновности обвиняемаго въ положительномъ смыслѣ. „Вотъ почему, было бы желательно, чтобы предсѣдатель на дѣлѣ являлся только третейскимъ судьей между обвиненіемъ и защитой“.

***

Для перестройки французскаго судебнаго зданія собранъ уже во Франціи—цѣлымъ рядомъ поколѣній—очень богатый строительный матеріалъ. Остается теперь, по образному выраженію извѣстнаго французскаго судебнаго дѣятеля, г. Крюппи (Cruppi)—позвать, какъ можно скорѣе, архитектора, который начертитъ новый планъ, вполнѣ гармонирующій съ соціальными институтами французской демократіи и совершенно отвѣчающій требованіямъ человѣческой совѣсти о правосудіи.

Р. Д. Гурвичъ.

О СУДЕБНЫХЪ ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХЪ ПО РУССКОЙ ПРАВДѢ [1]).

Предлежащій очеркъ составляетъ отрывокъ работы, имѣющей своимъ предметомъ реставрацію подлинныхъ чертъ и истолкованіе истиннаго смысла нѣкоторыхъ отдѣловъ древне-русскихъ памятниковъ, литературныхъ, бытописательныхъ, и особенно правовыхъ, при помощи исправленія искаженнаго до неузнаваемости текста ихъ и сличенія съ источниками, откуда они почерпнуты, и, преимущественно, съ библейско-талмудическою письменностью, оставившею яркіе слѣды своего вліянія на многія стороны духовно-религіозной и юридической жизни русскаго народа. Нѣсколько статей такого содержанія и направленія уже напечатаны мною раньше [2]). Теперь же я займусь критико-сравнительнымъ анализомъ постановленій Русской Правды, относящихся къ ученію о *судебныхъ доказательствахъ*, а также двухъ чрезвычайно темныхъ главъ Закона Суднаго, надписанныхъ: „о поповскомъ послушествѣ“ и „о судьи и о послусѣхъ“,—въ виду того, что на нихъ два знаменитыхъ русскихъ канониста ссылаются, каждый въ доказательство правильности своего особаго взгляда на значеніе пресловутой статьи Правды, гдѣ говорится объ

---

[1]) Значительнѣйшая часть этой статьи читана въ засѣданіи Историческаго Общества Нестора Лѣтописца.

[2]) См. въ особенности мою статью: „Критико-сравнит. разборъ устава вел. кн. Всеволода о церковныхъ судахъ“, напечатанную въ ноябр. и дек. книжкахъ журнала „Вѣстникъ Права“ за 1905 г.

„изводѣ предъ 12 человѣка“. Въ сказанной области древняго отечественнаго судопроизводства накопилось не мало вычурныхъ толкованій и крайне неосновательныхъ сужденій, обусловленныхъ акрисіею изслѣдователей, которые, преклоняясь предъ всякою писанною буквою памятника, отвергають самую даже мысль объ испорченности текста,—тогда какъ, въ дѣйствительности, въ послѣднемъ, выражаясь библейскимъ слогомъ, „отъ подошвы ноги и до темени головы нѣтъ здороваго мѣста“, и онъ является почти сплошнымъ рядомъ ошибокъ и описокъ всякаго рода. Съ своей же стороны я постараюсь въ данномъ случаѣ, какъ это сдѣлано мною и въ другихъ частяхъ своей работы, первымъ дѣломъ устранить порчу подлежащихъ разсмотрѣнію статей, оперируя тѣми же пріемами, которымъ еще со времени незабвеннаго нестора русской исторической науки, а вслѣдъ за нимъ и главнаго представителя такъ наз. скептической школы въ этой наукѣ, постоянно рекомендують слѣдовать при разработкѣ русскихъ лѣтописей: „сличить многіе списки, исправить погрѣшности, вкравшіяся отъ нерадѣнія или по невѣжеству переписчиковъ, въ однихъ дополнить недостатки, въ другихъ исключить излишества и добраться до того смысла и до тѣхъ самыхъ словъ, какія собственно принадлежать древнему лѣтописателю“ [1]).

Затѣмъ, установленные мною такимъ путемъ чтеніе и смыслъ каждой изъ обсуждаемыхъ статей Правды я подтвержду указаніемъ на тождественное или однородное положеніе, содержащееся въ болѣе позднемъ русскомъ же правѣ, либо въ чужеземныхъ законодательствахъ и, главнымъ образомъ, въ Моисеево-Талмудическомъ. Въ заключеніе я представлю вытекающіе изъ моихъ розысканій по предмету темы общіе выводы и нѣкоторыя дополнительныя замѣтки и, между прочимъ, филологическое объясненіе загадочнаго слова „рота“. Самый же разборъ трактуемыхъ статей я изложу въ той послѣдовательности, въ какой онѣ, хотя и разрозненно, помѣщены въ

[1]) См. проф. В. С. Иконникова: „Скептич. школа въ рус. исторіографіи“, 1871 г., стр. 5.



Карамзинскомъ спискѣ, пріурочивая къ нимъ также и параллельныя статьи списка Академическаго.

И такъ начну первою, по порядку, статьею:

I. О поклепной вирѣ (ст. 15. Рус. Прав. Кар.).

а) „Аще будеть на кого поклепная вира, то оже будеть послоуховъ (въ семнадцати спискахъ: *послухъ*) 7, то ти выведуть (во многихъ сп.: *выведеть*) виру, (то ти имуть вѣру); паки ли варягъ или кто инъ, то два“.

б) „А по костехъ и по мертвецихъ не платить верви, аже имене не вѣдають, ни знають его“ [1]).

Въ свое время проф. *Фогель* посвятилъ объясненію приведенной статьи, равно какъ слѣдующей за нею ст. 14-и Кар., не мало страницъ, предшествуемыхъ упомянутымъ въ самомъ началѣ одного изъ предъидущихъ моихъ очерковъ [2]) пространнымъ предисловіемъ, касательно невозможности, вообще, „излечить“ раны и увѣчья, коимъ, по милости переписчиковъ, подверглась Русская Правда, иначе, какъ посредствомъ приложенія къ этому памятнику метода самой смѣлой и безпощадной критики текста. Къ сожалѣнію, предложенное названнымъ писателемъ толкованіе сказанной статьи въ концѣ концовъ не выдерживаетъ никакой критики, и именно потому, что, провозгласивъ съ шумомъ и трескомъ необходимость критической разработки текста, авторъ, однако, въ данномъ случаѣ не внесъ съ своей стороны никакихъ существенныхъ поправокъ, въ которыхъ текстъ нашей статьи столь нуждается.

Вотъ какъ онъ ее переводитъ:

„Ежели *взыскивается съ кого вира* по доносу, ничѣмъ не доказанному, и *обвиняемый* представитъ семь человѣкъ свидѣтелей, утверждающихъ, что доносъ лживъ, *то они вмѣстѣ получаютъ виру*“.

---

[1]) См. Калачова: „Предварит. юрид. свѣдѣнія“, изд. 2, стр. 210.

[2]) См. Вѣст. Права за 1903 г., апрѣль: „Опытъ возстановленія текста и объясненія древне-русс. юрид. памятниковъ“.



„Если же обвиняемый варьягъ или иностранецъ, то требовать отъ него только двухъ свидѣтелей (а за найденныя кости или мертвое тѣло неизвѣстнаго человѣка, котораго никто не опознаетъ, вира не взыскивается)“ [1]).

Едва ли, однако, нужно еще доказывать всю неудовлетворительность объясненія, будто вира,—этотъ высшій уголовный штрафъ за смертоубійство,—могъ быть взыскиваемъ по одному лишь голословному доносу,—будто, для того, чтобы освободиться отъ взысканія этого штрафа, обвиняемый долженъ былъ, разсудку вопреки и наперекоръ элементарнымъ началамъ процесса, представлять съ своей стороны непремѣнно семь свидѣтелей для доказательства лживости ничѣмъ не подтвержденнаго доноса и будто *эти свидѣтели* (а не князь) получали *„всѣ вмѣстѣ“* виру.

Изъ другихъ изслѣдователей *Ланге* объяснилъ поцитованную статью такъ:

„Если кто взводилъ на кого-либо (бездоказательное) обвиненіе, что онъ убійца, то, въ случаѣ представленія обвиняемымъ въ свое оправданіе 7 послуховъ, *вира не взыскивается* (!); варягу же или другому какому-либо чужеземцу дозволялось очищать себя отъ подобнаго обвиненія только двумя послухами; но цѣлая вервь могла оправдываться и не платить виры и тогда, если, при необнаруженіи убійцы, находили однѣ человѣческія кости или трупъ убитаго, никому неизвѣстнаго, лица“ [2]).

Какъ основаніе для такого объясненія статьи, авторъ указываетъ, что слова: *„то ти имутъ виру“* не могли принадлежать подлиннику, ибо вира взыскивалась въ пользу князя, а не частныхъ лицъ, и они являются, притомъ, лишь ошибочнымъ повтореніемъ словъ: *„то ти выведутъ виру“*, читаемыхъ въ *лучшихъ* спискахъ. Это послѣднее же выраженіе значитъ, по мнѣнію Ланге, не что иное, какъ *освободить отъ взысканія виры*, такъ какъ *довести* означаетъ: доказать, обличить, а, *слѣдовательно*, (?) глаголъ *вывести* могъ употребляться

[1]) Учен. записки Имп. Казан. универс. за 1848 г., кн. 2.
[2]) „Изслѣд. объ угол. правѣ Р. Правды“, стр. 251.

въ противоположномъ смыслѣ: оправдать, освободить отъ чего либо.

Совершенно иначе истолковалъ нашу статью проф. М. Ф. Владимірскій-Будановъ. Подобно Ланге, онъ также считалъ возможнымъ вовсе выбросить фразу: „то ти имуть вѣру", находя, что она можетъ быть выпущена безъ нарушенія смысла. Совершивъ эту ампутацію текста, онъ объясняетъ нашу статью такимъ образомъ: „если по обвиненію въ *преступленіи убійства*, направленному противъ человѣка, не схваченнаго на мѣстѣ преступленія, *обвинитель* (а не обвиняемый) представитъ 7 послуховъ (для иностранцевъ достаточно двухъ), то *обвиненіе считается доказаннымъ*", при чемъ подъ послухами слѣдуетъ разумѣть не очевидцевъ, не свидѣтелей факта (ибо „иначе, какъ потребовать, чтобы ихъ непремѣнно семь?"), а помощниковъ отвѣтчика (или истца), подтверждающихъ его добрую славу,—*соприсяжниковъ* [1]).

Но всякій, я думаю, согласится со мною, что и послѣднія два толкованія столь же рѣшительно недопустимы, какъ и объясненіе проф. Фогеля, ибо „вира" не можетъ въ одной и той же статьѣ означать и самое преступленіе убійства и опредѣленный за него уголовный штрафъ; точно также выраженіе: „вывести виру" никоимъ образомъ не можетъ означать ни: освободить отъ виры, оправдать, какъ полагаетъ Ланге, ни, наоборотъ: разоблачить, доказать обвиненіе, влекущее за собою виру, какъ думаетъ проф. М. Ф. Вл.-Будановъ, а за нимъ и проф. Мрочекъ-Дроздовскій [2]).

Съ своей же стороны нахожу, что текстъ нашей статьи крайне искаженъ вставками и описками, изъ коихъ главнѣйшая заключается въ замѣнѣ слова: „вѣра" словомъ „вира", каковое искаженіе произошло отъ того, что разбираемая статья помѣщена въ недалекомъ разстояніи отъ ст. 7 и 8 Кар., озаглавленныхъ обѣ „о вирахъ", почему переписчикъ, по недомыслію, считалъ умѣстнымъ и въ ст. 15-й переправлять всюду „вѣру" на „виру" и только одинъ разъ оставилъ въ

[1]) Христоматія по ист. рус. права, I, изд. 5-е, 1889 г., стр. 41, прим. 20.

[2]) Изслѣд. о Русс. Правдѣ, вып. II, Прил., стр. 240, въ концѣ.



ней слово „вѣру" неприкосновеннымъ. По исправленіи же всѣхъ, допущенныхъ переписчикомъ, погрѣшностей и сдѣланныхъ имъ ошибочныхъ „поправокъ", наша статья явится вотъ въ какомъ видѣ:

1) Предложеніе, приведенное мною подъ лит. *а*:

„О поклепѣ и вѣрѣ. Аще будеть на кого поклепъ, то оже будеть послухъ,... паки ли варягъ, или кто инъ, то ти (въ др. спискахъ: *же*, чит. *оже*) [выведуть] два, то ти имуть [виру] (исправлено: *вѣру*)".

Т. е.: *О поклепѣ и присягѣ*. Если кто предъявитъ на кого-нибудь бездоказательный искъ или обвиненіе и поставитъ одного свидѣтеля, или, если это будетъ варьрягъ или, вообще, иностранецъ, и они поставятъ двухъ свидѣтелей, то истецъ или обвинитель-туземецъ или варягъ (иностранецъ) допускаются къ подтвержденію своего иска или обвиненія присягою.

Постараюсь же обосновать предлагаемое мною чтеніе.

Что касается заглавія статьи, то оно во многихъ спискахъ именно и читается: „о поклепѣ" или „о поклепѣ и вѣрѣ" [1]). Точно также въ началѣ контекста статьи, вмѣсто „поклепная вира", нѣкоторые списки имѣютъ „поклепъ" и „вѣра", а въ двухъ спискахъ послѣдняго слова даже совсѣмъ недостаетъ [2]).

Въ оправданіе же исключенія мною вовсе изъ текста цифровой буквы ѕ҃ (7) представлю слѣдующія соображенія:

1) Кромѣ даннаго мѣста, мы рѣшительно нигдѣ больше не встрѣчаемъ въ источникахъ древне-русскаго права положенія, по которому въ какомъ бы то ни было судномъ дѣлѣ требовалось бы представленіе непремѣнно 7-и свидѣтелей, а это одно достаточно, чтобы усумниться въ подлинности цифры 7 въ настоящей статьѣ.

2) Какъ по западно-европейскимъ, такъ и польскому, литовскому и общерусскому законодательствамъ, въ судебныхъ дѣлахъ туземцевъ съ иноземцами и иновѣрцами всегда

---

[1]) См. Калачева: „Предвар. юрид. свѣдѣнія", изд. 2-е, стр. 210, вын. a и b.

[2]) ib., выноски e и f.



требовалось больше, нерѣдко вдвое больше, свидѣтелей противъ опредѣленнаго закономъ числа оныхъ въ дѣлахъ туземныхъ жителей *между собою*, что̀ объясняется чаще всего желаніемъ законодательства лучше ограждать интересы иностранцевъ, но иногда, напротивъ, недовѣріемъ законодателя къ показаніямъ свидѣтелей, выставляемыхъ иностранцами изъ своей среды. Укажу, напр., на данную княземъ Богемскимъ Собѣславомъ (около 1095 г.) нѣмецкимъ поселенцамъ въ Пражскомъ форштадтѣ привилегію, въ которой, въ виду того, что послѣдніе—нѣмцы, иной народности, чѣмъ чехи, дарованы имъ, между прочимъ, слѣдующія права: „Во всякомъ дѣлѣ противъ нѣмца, требующемъ подтвержденія свидѣтелей, истецъ—чехъ долженъ представить двухъ нѣмцевъ и одного чеха, людей вѣры годныхъ; къ тому же обязанъ и нѣмецъ по дѣламъ съ чехами; тоже правило должно быть соблюдаемо Валлонами (Romani) и евреями“ [1]). Такое же положеніе содержится и въ привилегіяхъ, дарованныхъ въ разное время спеціально нѣмецкимъ, польскимъ и литовскимъ евреямъ. А вотъ примѣръ изъ русскаго законодательства начала второй четверти прошлаго столѣтія. Въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта отъ 6-го іюля 1828 г. о допущеніи въ Грузіи магометанъ къ свидѣтельству по дѣламъ христіанъ (2-е П. С. З., № 2134) изображено: „Въ тѣхъ случаяхъ, когда по общему закону признается достаточнымъ свидѣтельство двухъ человѣкъ,—изъ магометанъ должно быть не менѣе *четырехъ* свидѣтелей“. Въ виду сего само собою какъ бы напрашивается заключеніе, что если по обсуждаемой статьѣ Правды въ поклепныхъ искахъ между туземцами и варьягами требовалось при самомъ вчатіи иска представленіе двухъ свидѣтелей, то отсюда вытекаетъ, что въ этихъ же искахъ по дѣламъ туземцевъ *между собою* достаточно было одного свидѣтеля,—какъ это, впрочемъ, явствуетъ изъ самаго текста, если только держаться чтенія тѣхъ списковъ, въ коихъ, какъ замѣчено выше, имѣется: „оже будетъ *послухъ*“—въ единственномъ числѣ,

---

[1]) См. С. А. Бершадскаго: „Литовскіе евреи“. Спб., 1883 г., стр. 220.



при чемъ стоящая рядомъ цифра 7 смотритъ позднѣйшею ошибочною вставкою.

3) Подтвержденіемъ означеннаго вывода можетъ служить ст. 13 Договора Смоленскаго князя Мстислава Давидовича съ Ригою и пр. 1229 г.: „Роусиноу не оупирати Латинина однемь послухомь, иже не боудѣтѣ двою послоухоу, одиного Немчича, а дроугого Роусина, добрыхъ людии. Тако Латининоу не прьрьпрети Роусина, аже не боудѣть послоуха Роусина, а дроугого Немчина“ [1]),—изъ чего прямо видно, что по дѣламъ Русиновъ *между собою* можно было обойтись лишь однимъ свидѣтелемъ.

4) Если, однако, спросятъ: откуда же появилась въ нашу статью цифра 7?,—то отвѣтить на этотъ вопросъ не трудно. Дѣло въ томъ, что, какъ мною уже было объяснено и о чемъ поговорю еще въ дальнѣйшемъ изложеніи, переписчикъ или составитель Кар. списка Р. Правды перепуталъ разсматриваемую статью со статьями 7, 8, 108 и 118 того же списка подъ заглавіями: „о вирахъ“, „накладѣхъ“ „оуроцѣхъ городнихъ“ и „соудебныхъ оуроцѣхъ“, каковыя четыре статьи, какъ однородныя, по всей вѣроятности, расположены были первоначально одна вслѣдъ за другою и лишь при дальнѣйшихъ перепискахъ памятника были далеко разъединены. Между тѣмъ въ ст. 7-й, какъ и въ ст. 108-й, многократно фигурируетъ число семь: 7 ведеръ солоду, 7 хлѣбовъ, 7 уборковъ пшена и проч. Въ этой то статьѣ въ одномъ какомъ либо мѣстѣ цифра 7 могла быть пропущена въ текстѣ, но потомъ отмѣчена на боковомъ или нижнемъ полѣ рукописи, откуда впослѣдствіи, по недосмотру, и попала въ текстѣ ст. 15-й послѣ слова „послухъ“.

5) Лучшимъ, однако, доказательствомъ правильности, вообще, предлагаемой мною эмендаціи текста можетъ служить сличеніе его съ аналогичнымъ постановленіемъ Литовскаго Статута и законной книги магдебургскаго права подъ названіемъ „Porządek sądow y spraw mieyskich“, основаннымъ на моисеевомъ законодательствѣ. Общеизвѣстно, что, по Пято-

---

[1]) Христоматія проф. Вл.-Буданова, I, изд. 5-е, стр. 118.



книжію Моисея, „недостаточно одного свидѣтеля противъ кого-либо въ какой-нибудь винѣ и въ какомъ нибудь преступленіи и въ какомъ нибудь грѣхѣ, которымъ онъ согрѣшитъ, но по словамъ двухъ свидѣтелей, или по словамъ трехъ свидѣтелей, да состоится приговоръ" [1]). По Талмуду же показаніе одного свидѣтеля, будучи совершенно недостаточнымъ для подтвержденія обвиненія или иска, имѣетъ, однако, *въ дѣлахъ гражданскихъ* то значеніе, что, при наличности хотя бы одного свидѣтеля со стороны истца, отвѣтчикъ, всецѣло отрицающій исковое требованіе, обязанъ очистить себя присягою [2]). Это-то начало съ нѣкоторымъ видоизмѣненіемъ принято, между прочимъ, и Литовскимъ Статутомъ въ отношеніи спорныхъ гражданскихъ дѣлъ: „сторона, отыскивая свою принадлежность, должна доказать искъ свой тремя свидѣтелями,... а при свидѣтельствѣ *двухъ* (истецъ) *самъ долженъ присягнуть*" [3]). Тоже самое правило содержится и въ книгѣ „Порядка", откуда оно съ прямою ссылкою на Ветхій Завѣтъ и цитировалось еще въ 18-мъ в. въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ Малороссіи, напр., въ рѣшеніи, состоявшемся въ полковой Переяславской канцеляріи въ 1745 г. [4]).

2) Предложеніе подъ лит. *б*: „*А на костехъ и по мертвецѣхъ* и пр."

Это предложеніе, которое изслѣдователи усиливались во чтобы то ни стало связать съ предшествующимъ предложеніемъ о поклепной вирѣ, толкуя, что вира не платится за голову человѣка, никому неизвѣстнаго, т. е. когда нѣтъ частнаго обвинителя [5]), на самомъ дѣлѣ не имѣетъ ничего общаго съ начальною частію статьи, а составляетъ окончаніе ст. 3-й Кар., трактующей, вмѣстѣ съ непосредственно слѣдующею ст. 4-ю о такъ наз. „дикой вирѣ".

---

[1]) Второз. XIX, 15. Ср. ib. XVII, 6 и Печат. Кормчую, изд. 1834, кн. XLV, стран. ќ. й., подъ рубрикою „о свидѣтелехъ".

[2]) Талмудъ Вавил., тракт. „Шебуотъ", л. 40а.

[3]) Лит. Статутъ, изд. 1811 г., раздѣлъ IV, арт. 81, §§ 1 и 3.

[4]) См. проф. И. *Лучицкаго*: „Сбор. мат. для ист. общ. земель и угодій въ лѣвобереж. украинѣ", 1883 г., стр. 41.

[5]) Христ. проф. Вл.—Буданова, I, 5-е изд., стр. 41, прим. 21-е

Поэтому откладываю разборъ означеннаго предложенія впредь до разсмотрѣнія послѣдне-названныхъ статей въ связи съ другими статьями Правды, относящимися къ матеріальному уголовному праву, что составитъ предметъ отдѣльнаго очерка.

Предварительно лишь замѣчу здѣсь же, что институтъ „дикой виры“, т. е. круговой отвѣтственности общины за приключившееся въ предѣлахъ его территоріи смертоубійство, являющійся, по мнѣнію славянистовъ, продуктомъ чистаго славянизма, рѣзко отличающимъ первобытное славянское право отъ права народовъ германскихъ, гдѣ будто бы не существовало сперва подобнаго института [1]), въ дѣйствительности коренится въ моисеевомъ законодательствѣ, на что давнымъ давно обратили вниманіе ученые, писавшіе независимо одинъ отъ другого: Фридрихъ Августъ Бинеръ и издатель I-й части Рус. Достопамятностей [2]).

Съ своей же стороны замѣчу, что постановленія Р. Правды о дикой вирѣ, какъ это ни покажется, быть можетъ, *дикимъ*, по ихъ изложенію, а отчасти и по самой своей сущности, представляютъ значительныя черты сходства съ соотвѣтственными постановленіями не моисеева, а *Моисеево-талмудическаго* права, какъ это и будетъ мною объяснено впослѣдствіи.

2. О сверженіи виры. (Ст. 16. Р. Правды Кар.).

а) „Аже свержеть виру, то гривна куна сметная отроку, а кто поклепалъ, тому дати дроугая гривна.

б) А отъ виры помочнаго 9 кунъ“.

Первое предложеніе. Фразу: „аже свержеть виру“ изслѣдователи Правды истолковываютъ: если обвиняемый очиститъ себя отъ виры, т. е. если будетъ оправданъ. Но, не говоря уже о насильственности такого объясненія самого по себѣ,

---

[1]) См. „Сочин. Н. Д. Иванишева“, 1876 г., стр. 76.—В. *Сокольскаго*: „Глав. моменты въ исторіи повальнаго обыска“ въ Кіев. Унив. Изв. за 1871 г., кн. 5, стр. 16 и сл.

[2]) См. Рус. Достопамятности, ч. I, стр. 138, прим. 15 и Biener: Beitraege zu der Gesch. d. Inquisitons—Processes. Lpz., 1827, p. 268, Anm. 4.



представляется, какъ замѣтилъ справедливо проф. Вл.—Будановъ, несообразнымъ, что и оправданный обвиняемый, и обвинитель, котораго поклепъ не оправдался, оба платятъ одинаково судебныя издержки. Странность эта объясняется, однако, по мнѣнію названнаго ученаго, состязательнымъ характеромъ процесса: „общественная власть, свидѣтель борьбы двухъ равныхъ сторонъ должна-де получить вознагражденіе за трудъ съ обѣихъ". Но едва ли можно удовлетвориться подобнымъ объясненіемъ. Вѣдь современное наше гражданское судопроизводство основано въ гораздо большей степени, чѣмъ древне-русскій процессъ вообще, на началахъ состязательности и равноправія сторонъ. Но кто же, во имя этихъ началъ, рѣшился бы въ настоящее время защищать раціональность возложенія на *оправданнаго* отвѣтчика судебныхъ издержекъ въ одинаковой мѣрѣ, какъ и на истца, требованія котораго отвергнуты судомъ по ихъ неосновательности и недоказанности?

Между тѣмъ статья наша предстанетъ предъ нами въ совершенно иномъ освѣщеніи, если мы въ текстѣ ея, вмѣсто „вира" будемъ читать, какъ и въ предъидущей ст. 15-й, *вѣра*, а вмѣсто: „исклепалъ"—*исклепанъ* и, притомъ, не побрезгаемъ въ данномъ случаѣ, какъ во множествѣ другихъ, обратиться опять къ помощи талмудическаго права. Въ такомъ разѣ озаглавливающее нашу статью во многихъ спискахъ сочетаніе: „сверженіе *вѣры*" окажется рабскимъ переводомъ талмудическаго термина: „*гилгулъ шебуа*" (devolutio juramenti, по переводу оріенталиста Іоанна Буксторфа),—скатываніе, сваливаніе, сбрасываніе присяги, т. е. переносъ обязанности принесенія присяги съ одной тяжущейся стороны на другую. Смыслъ же всего разбираемаго предположенія слѣдующій. Если истецъ—поклепщикъ (сославшійся на одного только свидѣтеля) сброситъ присягу (отдастъ ее на душу своему противнику), то онъ платитъ гривну сметную (сметать—сбросить) отроку и другую гривну—тому *кто исклепанъ* (отвѣтчику или обвиняемому).

При такомъ пониманіи, трактуемое постановленіе вполнѣ гармонируетъ съ правиломъ, изображеннымъ въ ст. 99 и 100

Правды Кар., которыя будутъ разсмотрѣны мною ниже. Въ послѣднихъ говорится, что, если истецъ въ подтвержденіе своего иска или обвиненія сошлется на показанія неимовѣрныхъ свидѣтелей, каковыми признаются холопы, и потребуетъ судебнаго поединка, то, въ случаѣ проигрыша дѣла, онъ платитъ одержавшему верхъ противнику одну гривну, сверхъ пошлины—„желѣзнаго",—платимой въ пользу мечника и дѣтскаго, тогда какъ, если истецъ—обвинитель основывается на показаніяхъ свободныхъ людей, то онъ, даже проигравъ процессъ, плотитъ *только* „желѣзное". Соотвѣтственно тому и наша 16 статья опредѣляетъ, что, если поклепщикъ, выставившій одного лишь свидѣтеля и обязанный, поэтому, подкрѣпить свои требованія дополнительною присягою, не пожелаетъ принять таковой, а отдастъ ее на душу отвѣтчику, то онъ не только теряетъ искъ, но за вчинаніе дѣла безъ представленія надлежащихъ, предустановленныхъ закономъ, доказательствъ долженъ еще платить какъ пошлину въ пользу общественной власти, такъ и штрафъ въ пользу противника, который вынужденъ былъ оправдываться отъ бездоказательнаго иска или обвиненія очистительною присягою.

б) *Второе предложеніе статьи*: „А отъ виры помочного 9 кунъ".

Это мѣсто объясняется всѣми изслѣдователями въ томъ смыслѣ, что отвѣтчикъ, оправдавшійся отъ обвиненія въ убійствѣ, плотитъ за оказанную ему помощь (за постановленіе въ его пользу судебнаго приговора) судную пошлину, называемую „помощное", въ количествѣ 9-ти кунъ [1]). Но кому именно платилась эта пошлина—исторія умалчиваетъ; да и само по себѣ истолкованіе словъ: „отъ виры" въ смыслѣ: „за оправданіе по обвиненію въ убійствѣ" совершенно неудобопріемлемо. Между тѣмъ несомнѣнно, что вмѣсто: „отъ виры" слѣдуетъ и здѣсь читать: „отъ *вѣры*" (присяги) и что все разсматриваемое предложеніе составляетъ лишь оши-

[1]) См. проф. Мрочекъ—Дроздовскаго, Изслѣд. о Русск. Правдѣ, вып. 2-й, стр. 204.

бочное повтореніе начала ст. 118 Кар., надписанной: „о соудебныхъ оуроцѣхъ“: „А се оуроци судебнии: отъ виры (чит. „*вѣры*“) „9 кунъ“,—подобно тому, какъ по уставнымъ грамотамъ 14—16 в. полагалась особая пошлина за „правду“, напр., по устав. грамотѣ Переясл. рыболовамъ 1506 г. а хоженаго доводчику имати по দензѣ а *на правду*—вдвое [1]).

3. О мнимомъ судѣ Божіемъ посредствомъ испытанія желѣзомъ и водою. (Ст. 17 Кар.).

„Искавъ же ли послуха и не налѣзеть, а истца начнеть головою клепати, томоу дати исправа желѣзо; такоже и въ всѣхъ тяжахъ и въ татбѣ, и *въ поклепѣ*, оже не боудеть ли исца (лица), тогда дати емоу исправа желѣзо изъ неволи до полоугривнѣ злата; оже ли и мене, то на водоу, али до двою гривну; аще ли мене, то ротѣ емоу ити по свои куны“.

Смыслъ этой статьи, по объясненію проф. Вл. Буданова, таковъ: „за неимѣніемъ свидѣтелей по обвиненію въ смертоубійствѣ, прямо назначается высшій (?) судъ Божій—*желѣзо*, минуя низшіе: *роту* (присягу) и *воду*. Въ дѣлахъ же о преступленіяхъ *противъ права собственности* способы доказательства чередуются по степени ихъ важности, сообразно цѣнѣ иска: въ искахъ менѣе двухъ гривенъ допускается рота, въ искахъ отъ двухъ гривенъ до полугривны золота—испытаніе водою; въ искахъ свыше полугривны золота—желѣзо“.

Но при такомъ толкованіи, изображенное въ нашей статьѣ постановленіе является въ высшей степени несообразнымъ. Прежде всего, разумно ли, справедливо ли подвергать обвиняемаго или отвѣтчика тяжкимъ, жизнеопаснымъ испытаніямъ по одному лишь голословному, ничѣмъ рѣшительно не подкрѣпленному оговору, поклепу со стороны обвинителя-истца? Но, если и считать возможнымъ подобное правило, то чѣмъ объяснить, что испытаніе желѣзомъ полагается въ дѣлахъ

---

[1]) См. Н. Загоскина: „Уст. грамоты XIV—XVI в.в.“, вып. 2, 1876 г., стр. 78—79.



цѣною выше полугривны золота, а водою—въ искахъ отъ полугривны золота до двухъ гривенъ, неизвѣстно впрочемъ, какихъ: серебра, или кунъ? Развѣ второе испытаніе менѣе мучительно и менѣе опасно, сравнительно съ первымъ? Но въ дѣйствительности всѣ разсужденія ученыхъ изслѣдователей, будто въ Русской Правдѣ страннымъ образомъ не упоминается вовсе о судебныхъ поединкахъ, фактически существовавшихъ съ самаго начала русской жизни вплоть до 17-го вѣка, но за то трактуется о неизвѣстныхъ вовсе древне-русскому праву ордаліяхъ посредствомъ испытанія желѣзомъ и водою—построены на пескѣ,—на допущенныхъ въ цитованной статьѣ Правды грубѣйшихъ ошибкахъ и опискахъ.

По исправленіи же всѣхъ погрѣшностей текста, съ принятіемъ притомъ въ соображеніе варіантовъ разныхъ списковъ Правды и по производствѣ перестановки словъ, помѣщенныхъ переписчиками на ненадлежащихъ мѣстахъ, статья наша явится въ слѣдующемъ видѣ:

Ст. 17. „И въ (чит. *И о*) *поклепѣ*. Искавъ же ли истца (по др. сп. *истецъ*) *двою* послуха и налѣзеть .а̃. и начнеть головою клепати, томоу (чит.: *то ему)* дати исправа съ желѣзомъ *на полѣ*; такоже и въ всѣхъ тяжахъ и въ татбѣ (...), оже не боудеть ли исца (по др. сп.: *лица)*, тогда дати емоу исправа *изъ* (чит. *съ)* желѣзо (мъ) *на поли* до полоугривнѣ [вар.: до (. . . .) гривны] злата; оже ли и мене, то *на водоу* (ошибочно, вмѣсто: *на ротоу)* [вар.: аще ли (али) мене, то ротѣ ити ему по свои куны]“.

Т. е.

О *поклепѣ* (бездоказательномъ обвиненіи). Если истецъ, искавшій *двухъ* свидѣтелей, найдетъ только *одного* и будетъ обвинять въ убійствѣ, то предоставить ему развѣдаться *на полѣ* поединкомъ на мечахъ; точно также и относительно кражи и во всѣхъ судныхъ дѣлахъ, если не будетъ несомнѣнныхъ доводовъ, то допускается расправа посредствомъ поединка на полѣ, но лишь по дѣламъ до полугривны (по другому варіанту:—до гривны) золота; по дѣламъ же на меньшую сумму истецъ долженъ доказывать свои исковыя требованія присягою.

Въ оправданіе предложенныхъ мною исправленій текста нашей статьи и соотвѣтственнаго истолкованія послѣдней, представлю слѣдующіе доводы.

а) Выраженіе: „и въ поклепѣ", обойденное изслѣдователями совершеннымъ молчаніемъ, либо истолкованное ими неудовлетворительно, я вынулъ изъ контекста и поставилъ „во главу угла",—въ видѣ заглавія, указывающаго самое содержаніе статьи. Такой транспозиціонный пріемъ вполнѣ оправдывается тѣмъ обстоятельствомъ, что какъ во всѣхъ почти спискахъ Р. Правды, такъ и въ договорахъ первыхъ князей съ греками, и въ такъ называемыхъ „узаконеніяхъ царя Константина", или Законѣ Судномъ, самая большая спутанность замѣчается именно въ оглавленіяхъ, которыя весьма часто стоятъ на ненадлежащихъ мѣстахъ и нерѣдко включены даже въ средину статей, не имѣющихъ ничего общаго съ тѣми статьями, къ которымъ они дѣйствительно относятся [1]).

б) Слово „*двою*" я перенесъ съ конца статьи 17-й, гдѣ оно стоитъ въ сочетаніи: „али до двою гривну", въ начальную строку, поставивъ его предъ реченіемъ: „послуха"; вмѣсто же: „*не налѣзетъ*", а", я предлагаю читать „налѣзетъ .а." (одного), на томъ основаніи, что въ четырехъ, указанныхъ Калачовымъ, спискахъ [2]) имѣется „не лѣзеть", почему и представляется само собою правдоподобнымъ предположеніе, что въ другихъ спискахъ переписчики выраженіе „не лѣзеть" исправили въ „налѣзеть", упустивъ, однако, зачеркнуть частицу „не".

в) Въ разбираемой статьѣ, по составленному мною чтенію ея, имѣется въ двухъ мѣстахъ выраженіе: „съ желѣзомъ на полѣ". Въ первомъ мѣстѣ оно такъ и читается въ двухъ спискахъ: Толстовскомъ I-мъ и Чудовскомъ I-мъ [3]). На второмъ же мѣстѣ означенное выраженіе поставлено *мною* взамѣнъ „желѣзо изневолѣ",—по тому соображенію, что пред-

---

[1]) Касательно заглавій Р. Правды ср. Калачова: „Предв. юрид. свѣд. для полнаго объясненія Р. Правды", 1880 г., стр. 108—109.

[2]) Калачовъ, op. cit., стр. 206, вын. *c*.

[3]) См. у Калачова op. cit., стр. 206, выноска *к*.

ставляется болѣе вѣроятнымъ, что и на этомъ мѣстѣ статьи, какъ и въ предшествующемъ, первоначально стояло „съ желѣзомъ на полѣ", но, вслѣдствіе сходства начертаній буквъ П *(в)* и П *(п)*, переписчикъ прочелъ, вмѣсто „полѣ" или „поли"—„*воли*", а это повело къ тому, что предлогъ „на" переиначенъ былъ въ „не", а предлогъ „съ" въ „изъ" [1]).

Подтверждается это предположеніе тѣмъ, что такое же написаніе буквы *в*, вмѣсто *п*., встрѣчается еще въ двухъ другихъ мѣстахъ—въ статьяхъ 34-й и 116 *Псковской Судной Грамоты*, изъ коихъ разсмотрю сначала послѣднюю статью,—гласящую такъ:

„А кто зажоги на комъ оучнетъ сочить, а доликы никаковы не будеть, іно на волною роту позвать вольно".

Проф. Вл.-Будановъ полагаетъ, что смыслъ этой статьи слѣдующій: Если кто будетъ обвинять другаго въ зажигательствѣ, а *улики* никакой не будетъ, то *обвиняемый* можетъ очистить себя вольною ротою [2]). Но неосновательность этого толкованія не требуетъ большихъ разъясненій. И въ самомъ дѣлѣ, можно ли предполагать въ какомъ бы ни было законодательствѣ существованіе такого неразумнаго процессуальнаго правила, по которому лицу, заподозрѣнному въ какомъ нибудь преступленіи, предоставляется *на волю*, при отсутствіи малѣйшихъ, подтверждающихъ подозрѣніе, уликъ, очищать себя присягою. Да какой же обвиняемый пожелаетъ, при такихъ условіяхъ, добровольно, не будучи нисколько къ этому обязаннымъ, возложить на себя понапрасну бремя очистительной присяги? Притомъ же, въ статьѣ нашей сказано: „іно на волною роту *позвать* вольно". Какъ же это обвиняемый самъ себя вызываетъ на роту? Между тѣмъ, дѣйствительный смыслъ статьи совсѣмъ иной, а именно: кто будетъ обвинять другого въ зажигательствѣ и противъ обвиняемаго никакого несомнѣннаго, *вполнѣ*

---

[1]) О начертаніи въ памятникахъ полууставныхъ и скорописныхъ буквы *в* въ формѣ, постепенно приближающейся къ четыреугольнику (П) см. проф. Карскаго: „Изъ лекцій по славян. кирил. палеографіи", 1897 г., стр. 79.

[2]) Христоматія по исторіи русскаго права, вып. I, изд. 5-е, стр. 189, вын. 238.



обличающаго вину доказательства не будетъ (*долика* тоже что *лице*; доличить значитъ: *вполнѣ уличить*), то *обвинитель* вправѣ позвать обвиняемаго на *полною (польную)* роту, т. е. на поле—судебный поединокъ, которому всегда предшествовала рота, присяга, приносимая каждымъ изъ противниковъ въ подтвержденіе своей правоты [1]).

Еще явственнѣе значеніе термина „волная рота", въ смыслѣ *польной роты*, поля, обнаруживается изъ ст. 34 Псков. Суд. Грамоты, дошедшей, впрочемъ, къ намъ съ пробѣлами и дефектами [2]).

Окончаніе этой статьи гласитъ:

„А Псковитину... волости во Псковѣ на волную роту не взяти; весть ему къ ротѣ, на кого ему нелюбовь".

Нѣкоторые объясняютъ означенное мѣсто такъ, что нельзя требовать людей изъ волости для принесенія присяги въ Псковъ, а можно привесть ихъ къ присягѣ только на самомъ мѣстѣ, гдѣ воровство учинилось [3]).

Здѣсь очевидно до наглядности, что волная рота совсѣмъ не то, что рота обыкновенная, ибо иначе выходитъ явная безсмыслица: нельзя вести на добровольную роту, но слѣдуетъ вести на роту! Ясно, стало быть, что „волная рота"— это польная рота, поле. Только при такомъ пониманіи приведенное мѣсто вполнѣ соотвѣтствуетъ статьѣ 15 договора Мстислава Давидовича съ Ригою, Готландомъ и нѣмецкими городами, 1229 г. [4]):

„Роусиноу не звати Латинина *на полѣ битьсѧ* оу Роускои земли, а Латининоу не звати Роусина *на полѣ битьсѧ* оу Ризѣ и на Готскомъ березѣ" [5]).

г) Предлагаемое мною чтеніе „ротоу", вмѣсто „водоу"

---

[1]) Ср. Н. Ланге: „Древнее русское уголовное судопроизводство". С.-П.Б., 1884 г., стр. 206.

[2]) Христоматія Вл. Буданова, I, изд. 5, стр. 161—162.

[3]) См. Энгельмана: „Гражд. законы Псков. Суд. Грамоты", стр. 159, вып. *г*. Самъ же авторъ предложилъ иное толкованіе этого мѣста.

[4]) Христоматія Вл. Буданова.

[5]) Полную реставрацію текста и объясненіе испорченной ст. 34 въ связи съ 35 статьею Псковской Суд. Грамоты будутъ представлены мною въ одномъ изъ слѣдующихъ очерковъ.



оправдывается тѣмъ, что переписчики неоднократно и въ другихъ случаяхъ ошибались въ написаніи этого слова. Такъ, напр., въ ст. 26 Р. Пр. Кар., къ содержанію которой я еще возвращусь ниже, вмѣсто „на роту" въ одномъ спискѣ имѣется „поруку" [1]). Въ другомъ мѣстѣ, въ одномъ изъ списковъ, вмѣсто „роту", стоитъ „роду" [2]). Поэтому легко себѣ представить, что и въ данномъ случаѣ первоначально было написано „роду", а послѣдующій хитроумный переписчикъ *исправилъ* эту ошибку, написавъ „воду".

д) Что же касается чтенія „до гривны злата", вм. „до двою гривну", то первое чтеніе дѣйствительно, встрѣчается въ *четыренадцати* спискахъ [3]).

И такъ, повторяю, въ разсмотрѣнныхъ ст. Р. Правды Кар. нѣтъ вовсе рѣчи объ ордаліяхъ посредствомъ испытанія раскаленнымъ желѣзомъ и водою, а говорится только о желѣзѣ, въ значеніи судебнаго боя, поля,—вопреки мнѣнію изслѣдователей, и въ числѣ ихъ проф. Сергѣевича, будто „въ Р. Правдѣ упомянуты многія судебныя доказательства, хотя не систематически, а довольно случайно, *но о поединкѣ не говорится ни слова*" [4]).

Указываютъ, однако, что существованіе на Руси суда Божія посредствомъ испытанія желѣзомъ явствуетъ вѣдь изъ ст. 14 упомянутаго договора Мстислава Давидовича 1229 г.: „Роусину не вѣсти Латинина ко *жельзоу горячемоу*, аже самъ въсхочетѣ. А латининоу тако Роусина не вести, аже самъ въ схочете" [5]). Но противъ этого можно возразить, что, *во 1-хъ*, въ другомъ спискѣ того же договора (послѣ 1274 г.), вмѣсто: „не вести къ желѣзу горячему" на соотвѣтственномъ мѣстѣ стоитъ: „*не лзѣ имати немчича* (resp. Роусина) *на желѣзо*" [6]), т. е. вызывать на поле, судебный

---

[1]) См. Калачова, „Предвар. юрид. свѣдѣнія и пр., стр. 221 и 222, вып. у.

[2]) Ib., стр. 135, вып. m.

[3]) См. ib., стр. 206, вып. w.

[4]) См. проф. Сергѣевича „Лекціи и изслѣдованія", 1883 г., I, стр. 567.

[5]) Христ. Вл. Буданова, I, стр. 118.

[6]) См. проф. П. В. Голубовскаго: „Исторія Смоленской земли", 1895 г., стр. 160.

поединокъ, и что *во 2-хъ*, если въ договорѣ Смолнянъ съ нѣмцами, у которыхъ широко практиковалось испытаніе раскаленнымъ желѣзомъ, постановлено, что къ такому способу доказыванія можно прибѣгать лишь по обоюдному добровольному согласію самихъ спорящихъ сторонъ, то отсюда позволительно сдѣлать именно только тотъ выводъ, что въ самой Смоленской землѣ, какъ и вообще на Руси, означенный видъ ордалій не допускался вовсе.

Затѣмъ, что касается испытанія *водою*, то въ подтвержденіе того, что у насъ оно на самомъ дѣлѣ производилось, указываютъ на стрѡгое осужденіе этого доказательственнаго средства въ поученіи Серапіона, епископа Владимірскаго, XIII в. Но при этомъ умалчиваютъ объ обстоятельствахъ, вызвавшихъ означенное поученіе. Какъ всѣмъ извѣстно, поводомъ къ нему послужило то, что невѣжественная и суевѣрная чернь, по случаю постигшаго народъ голода, возмутилась, и, приписывая народное бѣдствіе наговору колдуновъ, стала сожигать и бросать ихъ въ воду, въ предположеніи, что, если они утонутъ, то это признакъ, что они невинны, а если поплывутъ, то—волшебники. И вотъ противъ этого-то грубаго суевѣрія и дикой расправы черни и возсталъ энергически проповѣдникъ въ своемъ поученіи. Слѣдуетъ ли, однако, отсюда, что у насъ когда-либо закономъ или обычаемъ допускалось *и вообще* „рѣшеніе тяжбъ водою", какъ выразился проф. Вл.-Будановъ [1]). Правда, тотъ же ученый заявляетъ, что изъ судебныхъ актовъ 17 в. видно, что еще и въ то время сказанный видъ ордалій примѣнялся, но, къ сожалѣнію, авторъ не указалъ, хотя бы для примѣра, ни одного такого акта. Я же съ своей стороны сошлюсь на безспорно подлинный и оффиціальный документъ половины 16 вѣка, изъ котораго можно вывести какъ разъ противоположное заключеніе. Я имѣю въ виду составленный на основаніи „Стоглава", „Наказъ Митрополита Макарія во Владимірѣ 1551 г., Ноября 10 дня", въ которомъ читаемъ: „А поль и крестнаго целованья священническому и иноче-

[1]) Обзоръ ист. рус. права, изд. 3, стр. 647.



скому чину не присуждають, но обыскомъ обыскиваютъ и многими свидѣтели достовѣрными. А въ которыхъ дѣлехъ обыскати не возмогуть и достовѣрныхъ свидѣтелей не будеть, и въ такихъ дѣлахъ *на судьбы Божьи* возлагати: метать жребій, и который жеребей на предь вымется, того оправить, а поль и крестново целованья одноличио священническому и иноческому чину не присуждати ни въ какихъ дѣлехъ" [1]). Изъ этой выдержки изъ первой статьи Владимірскаго наказнаго списка, составляющей выписку изъ „Стоглава" 1551 г., несомнѣнно обнаруживается, что у насъ, по крайней мѣрѣ, въ 16 вѣкѣ ордаліи посредствомъ испытанія огнемъ и водою совсѣмъ не были извѣстны, ибо иначе, чѣмъ объяснить то, что о нихъ нѣтъ и помину въ приведенной статьѣ наказа, хотя въ ней перечислены всѣ остальные виды судовъ Божіихъ въ обширномъ значеніи, изъ коихъ дозволялось только обращаться, за неимѣніемъ вполнѣ достовѣрныхъ доказательствъ, къ жребію, но за то выражено даже двукратно запрещеніе присуждать священникамъ и инокамъ *ни въ какихъ дѣлахъ* другіе два вида суда Божіяго (въ обширномъ смыслѣ)—поле и ротà (присяга).

4. О муже кровавомъ.

(Ст. 24 Кар.—ст. 2 и 28 Акад.).

а) *Ст. 24 Кар.:* „Иже приидеть кровавъ мужь на дворъ или синь, то видока емоу не искати, (но платити емоу продажи 3 гривны); аще ли не боудеть на немъ знаменія, то привести емоу видокъ.

Слово противоу слова, а кто ли боудеть началъ (то томоу платити 60 кунъ), аще же и кровавъ приидеть, или боудеть самъ почалъ, (а выступятъ послуси), то тоемоу за платежъ, оже и били".

б) *Ст. 2 Акад.:* „Или боудеть кровавъ или синь надъраженъ, то не искати емоу видока человѣкоу томоу; аще не

[1]) „Наказные списки Соборнаго Уложенія 1551 г., или Стоглава" Ильи Бѣляева. М. 1863 г., стр. 9.



боудеть на немъ знаменіа никотораго же, толи пріидеть видокъ (аще ли не можеть, тоу томоу коюць, оже ли себе не можеть мстити, то взяти ему за обидоу 3 гривнѣ), а лѣтцю мъзда".

в) *Ст. 28 Акад.:* „Аще же пріидеть кровавъ моужь любо синь, то не искати ему послоуха" [1]).

Оставляя безъ вниманія ст. 28-ю Акад., какъ неполную, дефектную, я займусь прежде всего анализомъ ст. 2-й того же списка. Вотъ, какъ переводитъ ее проф. М. Ф. Владимірскій-Будановъ, сочиненія котораго, равно, какъ и В. И. Сергѣевича, пользуются, какъ справедливо указалъ недавно въ журналѣ „Вѣстника Права" Н. А. Максимейко, вполнѣ заслуженнымъ авторитетомъ и являются, по времени изданія, послѣднимъ словомъ науки.

„Если явится (къ суду), объясняетъ проф. Владимірскій-Будановъ, человѣкъ *окравленный* или съ синими знаками *побоевъ*, то онъ не обязанъ представлять свидѣтелей. Если же на немъ не будетъ никакихъ знаковъ, то долженъ быть представленъ свидѣтель, а если свидѣтель не можетъ быть представленъ, то жалоба оставляется безъ послѣдствій. Въ случаѣ, если оскорбленіе будетъ доказано, то, если оскорбленный не можетъ мстить за себя, взять 3 гривны и, сверхъ того, плату за излѣченіе".

Истолковавъ такимъ образомъ нашу статью, М. Ф. Владимірскій-Будановъ извлекаетъ изъ нея слѣдующіе тезисы: 1) Здѣсь, очевидно, месть является послѣдствіемъ суда, исполненіемъ приговора; 2) здѣсь, предполагается возможною альтернатива наказаній личныхъ и денежныхъ за нанесеніе побоевъ, т. е. оправданный могъ или побить обвиненнаго, или взять 3 гривны; 3) родственная месть при дѣлахъ о побояхъ и ранахъ не допускалась (за исключеніемъ случая, указаннаго въ ст. 5 Рус. Правды Акад.).

Къ этимъ заключеніямъ примкнулъ и самый новѣйшій по времени изыскатель въ области обсуждаемаго памятника,—

---

[1]) Христ. Владимірскаго-Буданова. I-е, изд. 5-е, стр. 24, 32 и 44.



упомянутый проф. Н. А. Максимейко. „Въ доказательство того, говоритъ онъ, что месть за убійство по Рус. Правдѣ была исполненіемъ судебнаго приговора, а не проявленіемъ самоуправства можно указать на ст. 2 Акад., въ которой „это положеніе *прямо и ясно выражено относительно нанесенія ранъ и побоевъ*“ [1]).

Но всѣ эти выводы представляются лишенными всякаго основанія. Въ дѣйствительности нельзя указать ни *одного* законодательства, которое за нанесеніе побоевъ, ранъ и увѣчій допускало бы месть въ видѣ ли досудебной, или даже послѣсудебной расправы съ обидчикомъ со стороны самого пострадавшаго субъекта, либо родственниковъ его. Рѣшительно не допускаетъ сего также и Русская Правда, какъ это я докажу впослѣдствіи при разсмотрѣніи статей этого памятника, относящихся къ матеріальному уголовному праву. Пока же, для опроверженія сказанныхъ выводовъ, я возстановлю несомнѣнно испорченный текстъ разбираемой ст. 2-й Акад. путемъ исключенія изъ нея явно неумѣстныхъ словъ и оборотовъ и дополненія ея словами и оборотами, въ ней пропущенными, а затѣмъ исправленную такимъ способомъ статью сопоставлю съ ея прототипомъ—соотвѣтственными постановленіями моисеево-талмудическаго права.

Итакъ, укажу прежде всего на слова, занесенныя въ нашу статью изъ другихъ мѣстъ и подлежащія исключенію изъ нея:

1) „Ту (въ др. сп. то) *тому конець*“.

Проф. Владимірскій-Будановъ, какъ мы видѣли выше, сочетавъ эту фразу съ предшествующими ей словами: „аще ли не можеть“, перевелъ все предложеніе такъ: „Если онъ (пострадавшій) не можетъ представить свидѣтеля, то жалоба его оставляется безъ послѣдствій“. Но объясненіе это совершенно произвольно, ибо „оборотъ „ту конець“ не встрѣчается нигдѣ въ такомъ смыслѣ. Между тѣмъ появленіе этихъ словъ объясняется слѣдующимъ образомъ: У евреевъ существуетъ обык-

---

[1]) См. ст. Н. А. Максимейко. „Уголов. право Рус. Правды“ въ „Вѣстникѣ Права“ за мартъ 1905 г., стр. 149—150.



новеніе въ концѣ рукописей или печатныхъ книгъ, особенно молитвенниковъ и псалтырей, ставить слова (складомъ или начальными буквами): „Окончено и совершено. Слава Богу, Творцу вселенной. Аминь“. Въ тѣхъ же еврейскихъ сборникахъ, въ коихъ заключаются разнородныя по содержанію статьи, послѣ каждой изъ нихъ, для различенія ея отъ послѣдующихъ, отмѣчается: „*до здѣсь*“ (ad kan). Тоже самое, какъ извѣстно, имѣетъ мѣсто и въ древне-русскихъ рукописяхъ и книгахъ. Вотъ, напр., какъ заканчивается послѣсловіе одной изъ Кормчихъ, писанной почеркомъ XV в.: „Словеса свершенная придоша въ *конецъ*. Слава свершителю Богу, аминь“. Въ нѣкоторыхъ же Кормчихъ, гдѣ въ числѣ другихъ статей помѣщена и Русская Правда, послѣдняя оканчивается словами: „*до здѣ*“ [1]). Въ виду этого представляется полное основаніе предполагать, что въ томъ лѣтописномъ или инаго рода сборникѣ, въ составъ котораго первоначально входилъ такъ называемый нынѣ академическій списокъ Русской Правды, предъ изложеніемъ послѣдней помѣщена была какая то статья другого содержанія и что для отличія этой статьи отъ послѣдующей за нею Правды, переписчикъ отмѣтилъ на оказавшемся пустомъ мѣстѣ въ срединѣ листа или на поляхъ „ту конецъ“, каковыя слова, по небрежности переписчика, впослѣдствіи попали въ самый текстъ ст. 2-й и въ конецъ ст. 3-й Акад.

За достовѣрность этой коньектуры говоритъ то обстоятельство, что словъ „ту тому конецъ“ нѣтъ вовсе ни въ одномъ изъ списковъ пространной и средней редакцій, что̀ даетъ поводъ предполагать отсутствіе этихъ словъ въ первоначальномъ подлинникѣ.

Что касается недоконченной фразы: „аще ли не можетъ“, то она составляетъ не что иное, какъ ошибочное повтореніе сочетанія: „оже ли себе не можетъ мстить“, которое и само поставлено въ ст. 2-й Акад. совершенно не кстати и попало оно сюда изъ статьи 1-й того же списка, гдѣ ему и над-

---

[1]) См. Н. Калачова: „Предварит. юрид. свѣд. для полнаго объясн. Рус. Правды“, 1880 г., стр. 97, 98 и 99.



лежить стоять послѣ словъ: „*аще не будеть кто мстя*". Основательность этой догадки подтверждается опять-таки отсутствіемъ сказаннаго сочетанія въ пространныхъ спискахъ, а главнѣйше тѣмъ, что въ соотвѣтственномъ 1-й ст. Акад. списка положеніи талмудическаго права именно встрѣчаются всѣ означенныя выраженія. Вотъ дословный переводъ подлежащей статьи Кодекса Маймонида; „На кровомстителѣ лежитъ (религіозная) обязанность умертвить убійцу", какъ сказано (Числа, 35. 19): „мститель за кровь самъ можетъ умертвить убійцу". И всякій, кто правоспособенъ къ наслѣдованію, тотъ и считается мстителемъ за кровь. Если же мститель *не хочетъ или не можетъ умертвить, либо у него* (убитаго) *нѣтъ мстителя*, то судъ подвергаетъ убійцу смертной казни посредствомъ меча" [1]).

3) Точно также нельзя не считать вставленными счужа и потому подлежащими исключенію изъ нашей статьи слова: „3 гривнѣ" въ сочетаніи: „то взяти емоу за обиду 3 гривнѣ", ибо немыслимо, чтобы всякое, какое бы то ни было, нанесеніе побоевъ и ранъ, безотносительно къ тяжести и важности причиненнаго этимъ вреда для здоровья, а также къ орудіямъ, коими вредъ былъ причиненъ, къ степени обнаруженной вредителемъ злой воли и, вообще, къ сопровождавшимъ дѣяніе обстоятельствамъ, назначена была единообразная пеня въ размѣрѣ 3 гривенъ. Вѣроятнѣе же всего, что слова „3 гривнѣ" оказываются въ свою очередь ошибочнымъ повтореніемъ тѣхъ же словъ, читаемыхъ въ ст. 9 Акад., гласящей: „Аще ли ринеть мужь мужа и пр.: 3 гривнѣ". Вѣроятно это, въ особенности, потому, что въ самомъ старшемъ, по времени написанія, спискѣ Русской Правды—Синодальномъ—статья 9 Акад. является какъ бы окончаніемъ статьи 2-й Акад., имѣя одинъ общій съ послѣднею заголовокъ: „Оже придеть кръвавъ мужь" [2]).

Съ другой стороны, къ обсуждаемой статьѣ 2-й Акад.

---

[1]) Кодексъ Маймонида подъ заглавіемъ: „Ядъга-Хазака", раздѣлъ, надписанный: „узаконенія о душегубствѣ", гл. I, § 2.

[2]) Христ. Владимірскаго-Буданова. I, стр. 86.

надлежитъ прибавить пропущенныя въ ней слова, безсмысленно поставленныя переписчикомъ въ концѣ упомянутой 9-й ст. того же списка: „а видока два выведеть, или боудеть варягъ или колбягъ, то на ротоу“.

Въ результатѣ всѣхъ означенныхъ операцій наша статья представится въ такомъ видѣ.

„Или будеть (придеть) кровавъ или синъ надъраженъ (въ др. спискахъ: на дворъ княжъ), то не искати ему видока..... Аще не будеть на немъ знаменіа никотраго же, толи (чит.: то ли) пріидеть видокъ (вар.: а выведеть видока), или будеть варягъ или колбягъ, то два, то (идти) [человѣку тому] на роту и взяти ему за обиду (въ спискѣ Оболенскаго: за безчестіе), а лѣтцю мъзда“.

Т. е.: Тотъ, кому нанесены побои или раны, если онъ окровавленъ или на тѣлѣ его окажутся синяки, не обязанъ представлять даже и одного свидѣтеля, но, если на немъ не будетъ никакихъ знаковъ, то онъ долженъ выставить *одного* свидѣтеля, а когда дѣло происходитъ между туземцемъ и иностранцемъ, то *двухъ* свидѣтелей, и тогда онъ допускается къ подтвержденію своей жалобы присягою и получаетъ вознагражденіе за безчестіе и за расходы на лѣченіе.

Ни о какой личной мести, ни о какой альтернативѣ наказаній личныхъ и денежныхъ, какъ полагаетъ М. Ф. Вл.-Будановъ, въ настоящей статьѣ рѣчи нѣтъ и даже быть не можетъ, ибо обо всемъ этомъ не говорится ничего и въ ея главнѣйшемъ источникѣ—*Моисеево-талмудическомъ правѣ*.

Вотъ близкій переводъ параллельныхъ статей Кодекса Маймонида.

„Въ наказаніе безумцевъ, совершающихъ насильственныя дѣйствія, законоучители постановили, что заявленію потерпѣвшаго дается вѣра и что, если послѣдній, держа въ рукахъ свитокъ заповѣдей, присягаетъ, что такой то нанесъ ему такое то тѣлесное повреждение, то онъ *беретъ свое* (причитающееся ему вознагражденіе), при условіи, если были свидѣтели, какъ то: если два свидѣтеля подтверждаютъ, что жалобщикъ зашелъ къ обвиняемому цѣлымъ и невредимымъ, а вышелъ отъ него тѣлесно поврежденнымъ, но самого факта

нанесенія поврежденія не видѣли, то, хотя бы обвиняемый отрицалъ справедливость взводимаго на него обвиненія, жалобщикъ присягаетъ *и беретъ*. Однако, это относится лишь къ тому случаю, когда рана такого рода, что возможно допустить, что жалобщикъ самъ себя поранилъ, или когда въ томъ мѣстѣ, куда зашелъ обвинитель, находилось, кромѣ обвиняемаго, еще третье лицо и не исключена возможность, что обвинитель просилъ это лицо нанести ему рану, съ цѣлію взвалить потомъ вину на обвиняемаго. Если же третьяго лица на мѣстѣ происшествія не было и рана оказывается на такой части тѣла, что самъ потерпѣвшій не могъ ее себѣ причинить, какъ, напр., укушеніе между плечами, то онъ *беретъ свое* и безъ присяги" [1]).

Далѣе: „Кто причиняетъ другому тѣлесное поврежденіе обязанъ вознаградить пострадавшаго за слѣдующіе пять предметовъ (за всѣ вмѣстѣ, или за одинъ или нѣсколько изъ нихъ), а именно: 1) за *вредъ*—nesek (т. е. за уменьшеніе денежной стоимости потерпѣвшаго, опредѣляемой по соображенію съ рыночною цѣною раба), 2) за *муку*, боль—zaar; 3) за *лѣченіе* ripui, 4) за *праздность* schebet (соображаясь съ работоспособностію пострадавшаго) и 5) за *обиду*, безчестіе—boscheth (смотря по личности какъ обидчика, такъ и обиженнаго)" [2]).

Подъ вліяніемъ этихъ то положеній Моисеево-талмудическаго права и составлена, повидимому, обсуждаемая статья Р. Правды,—какъ это замѣтилъ уже Н. В. Калачевъ, усмотрѣвшій, впрочемъ, сходство нашей статьи, равно какъ и ст. 25 Кар., лишь съ постановленіемъ собственно моисеева законодательства, выборка изъ котораго помѣщена въ 45 кн. Печ. Кормчей подъ заглавіемъ: „Избраніе отъ Закона, Богомъ даннаго Израилтяномъ Моисеемъ" [3]).

Теперь обращусь къ разбору *ст. 24 Кар.*

---

[1]) Кодексъ Маймонида, раздѣлъ: „о причиняющемъ раны или вредъ", гл. 5, §§ 4 и 5.

[2]) Маймонидъ, тамъ же, глава I, § 1, гл. 3 §. Ср. Sam. Mayer: „Geschichte der Strafrechte", Frier. 1876 г., S. 548.

[3]) „Предв. юрид. свѣд. о Рус. Правдѣ", изд. 2-е, 1800 г., стр. 234—5.

Статья эта, по моему, представляетъ собою сплетеніе двухъ, различныхъ по содержанію статей. Изъ нихъ первая, по принятіи во вниманіе варьянтовъ по спискамъ Царскаго и кн. Оболенскаго [1]) и по дополненіи ея 2-ою частью ст. 26 Кар., соотвѣтствующей ст. 9. Акад., должна читаться такъ:

„Иже приидеть кровавъ мужь на дворъ (подразумѣв.: княжъ) или синь, то видока емоу не искати, *но платити ему продажи за безчестіе, каковъ будетъ;* аще ли не боудеть на немъ знаменія, то привести емоу видокъ, [(или), иже боудеть варягъ или колбягъ, а видока (вар.: то видока) два выдуть (вар.: вывести; другой вар.: а выступять послуси, подразум. два), то идеть на *полная роту*]".

Изложенная въ такомъ видѣ статья не нуждается въ комментаріи, такъ какъ она, за незначительными отмѣнами, тождественна съ разсмотрѣнною и истолкованною уже выше статьею 2-ою Акад.

Прибавлю лишь слѣдующія замѣчанія. Въ сочетаніи: „платити ему продажи за безчестіе *каковъ будетъ*" послѣднія два слова невразумительны, но они объясняются варіантомъ списка кн. Оболенскаго: „аще будеть болyринъ или модинъ или варягъ крещенія не имѣя, то *по ихъ пути платити бесчестіе*", что напоминаетъ вышеприведенное положеніе талмудическаго права, выраженное только въ болѣе общей формѣ, что за тѣлесное поврежденіе виновный, кромѣ платы за вредъ, муку, леченіе и праздность, уплачиваетъ еще и за бесчестіе, „смотря по личности обидчика и обидимаго",—каковое начало буквально воспроизведено въ концѣ ст. 26 Царскаго Судебника 1550 г.: „а за увѣчіе указывати..., посмотря по увѣчью и по безчестію и по человѣку" или, какъ сказано въ ст. 62 Судебника 1497 г.: „а за рану присудити, посмотря по человѣку, и по ранѣ, и по разсужденію".

Что же касается имѣющагося въ подлинникѣ выраженія: „то *полная видока* вывести и идеть на ротоу", то, по мнѣнію М. Ф. Вл.-Буданова, оно означаетъ, что „противъ варяга

[1]) См. Калачова, вышеуказ. соч., стр. 220.



и колбяга (иностранцевъ вообще), недостаточно было двухъ свидѣтелей, а требовалось полное число ихъ (вѣроятно 7), тогда какъ самъ иностранецъ доказываетъ искъ или очищаетъ себя безъ свидѣтелей, одною присягою". Но натянутость этого толкованія сама собою очевидна, ибо во всей русской письменности и со свѣчами нельзя отыскать хотя бы еще одного примѣра употребленія такого неслыханнаго термина, какъ „полная видокъ", въ смыслѣ полнаго числа свидѣтелей.

За то мое соображеніе, что здѣсь рѣчь идетъ о томъ, что при представленіи истцомъ одного свидѣтеля, а въ дѣлахъ съ инородцами—двухъ свидѣтелей, онъ, истецъ, для доказательства своего иска, либо отвѣтчикъ, для очистки себя, допускается къ *польной ротѣ*, т. е. къ судебному поединку, *полю*, сопровождаемому клятвою и божбою,—это соображеніе находитъ себѣ полное оправданје въ указанныхъ мною выше ст. 34 и 116 Псковской Судной Грамоты, въ которыхъ говорится именно о *польной ротѣ*, лишь по ошибкѣ переписчиковъ названной *вольною* ротою. Кромѣ того, означенное соображеніе подтверждается еще и варьянтомъ списка Царскаго: „оже будеть варягъ или колбягъ . . . и будеть има *бой*" (т. е. судебный поединокъ, поле) [1]).

Перехожу за симъ ко *второй половинѣ ст. 24 Кар.*, составляющей, какъ замѣчено выше, отдѣльную статью, имѣющую свое особое содержаніе. Для исправленія ея текста требуется, по моему, исключить изъ нея фразу: „*то тому платити 60 кунъ*", занесенную сюда, вѣроятно, изъ ст. 39 Кар., гласящей: „Аще кто украдеть скотъ на полѣ . . ., то 60 кунъ", гдѣ сказанная фраза и могла стоять первоначально на поляхъ подлинника, въ видѣ разночтенія. За достовѣрность этой догадки говоритъ то, что въ 3-хъ болѣе позднихъ спискахъ Правды вмѣсто сказанной фразы, имѣется: „тому платити куны *во что и обложатъ*" [2]), изъ чего видно, что справщики тѣхъ списковъ сознавали, что опредѣленіе о

[1]) Калачова., вышеук. соч., стр. 221.
[2]) См. Калачова в. соч., стр. 220.

платежѣ точной суммы 60 кунъ здѣсь неумѣстно. За таковою поправкою получится статья слѣдующаго содержанія:

„Слово противоу слова, а кто ли будеть началъ (вар.: или самъ почалъ), аще же и кровавъ приидеть, то то емоу за платежъ, оже и били".

Выраженіе: „слово противу слова" М. Ф. Вл.-Будановъ въ первыхъ изданіяхъ своей „Христоматіи" объяснялъ такъ: „здѣсь рельефное изображеніе состязательнаго процесса"; въ послѣднемъ же, 5-мъ, изданіи названной книги авторъ объясняетъ сказанное выраженіе уже иначе: „свидѣтель долженъ показать *согласно съ истцомъ*, слово противу слова". Но оба эти объясненія одинаково неосновательны. Въ дѣйствительности же, смыслъ всей приведенной статьи тотъ, что, при *обоюдности оскорбленія* (слово противу слова), или при *взаимной дракѣ*, тотъ, кто первый началъ брань и ссору, не получаетъ установленнаго закономъ вознагражденія, хотя бы ему и нанесены были побои или раны.

Такое же точно положеніе содержится и въ талмудическомъ правѣ: „Если двое наносятъ тѣлесное поврежденіе другъ другу, то, когда одинъ изъ нихъ былъ зачинщикомъ, другой свободенъ (отъ платежа вознагражденія), ибо послѣдній вправѣ былъ нанести побои или раны зачинщику для собственнаго своего спасенія. Схолія: Тоже самое имѣетъ мѣсто и въ отношеніи ругательствъ и оскорбленій: кто начиналъ, тотъ плотитъ пеню" [1]).

5. О татбѣ. (Ст. 33 Кар).

„Паки ли что будеть татебное купилъ въ торгу или конь или портъ, или скотину, то введеть (въ др. спискахъ: вывести) свободна моужа два или мытника; аже начнеть не знати оу кого боудеть коупилъ, то ити по немъ видокомъ на роту и пр."

По объясненію проф. М. Ф. Вл.-Буданова [2]) въ при-

[1]) Сводъ еврейскихъ узаконеній подъ заглавіемъ: „Шулханъ-Арухъ-Хошенъ-Мишпатъ", гл. 421, ст. 13.

[2]) Христоматія I, изд. 5-е, стр. 48, прим. I.



веденномъ мѣстѣ статьи 33-й различаются два случая: а) если владѣлецъ краденой вещи знаетъ, у кого онъ ее купилъ, то споръ рѣшается простымъ свидѣтельствомъ (sic) двухъ мужей свободнаго состоянія, или мытника; б) если же владѣлецъ не въ состояніи указать, у кого онъ купилъ вещь, то вопросъ о фактѣ покупки рѣшается *ротою* (*присягою*) *такихъ же свидѣтелей*.

Но объясненіе это вполнѣ несостоятельно.

Во 1-хъ, древне-русскому праву, какъ и моисеево-талмудическому праву, извѣстна только рота (правда, цѣлованіе) *самихъ тяжущихся сторонъ*, но не свидѣтелей [1]).

Во 2-хъ, если и допустить, хотя въ древне-русскихъ законодательныхъ памятникахъ на это нѣтъ никакихъ указаній, что свидѣтели, прежде допроса ихъ, приводились къ ротѣ, то представляется несообразнымъ, что въ одномъ изъ вышеозначенныхъ двухъ случаевъ признается достаточнымъ „простое", т. е. безприсяжное показаніе свидѣтелей, а въ другомъ требуется непремѣнно приводъ ихъ къ присягѣ. Между тѣмъ поцитованное мѣсто ст. 33. Кар. должно читаться слѣдующимъ образомъ: „Пакы ли что будеть татебное купилъ въ торгу (. .): конь, или портъ, или скотину, то, [аще начнеть не знати оу кого будеть коупилъ], то вывести свободна моужа два или мытника, или ити по немъ (чит.: *однѣмъ*, *однимъ)* видокомъ на роту". То есть: тотъ, у кого опознали краденную вещь, если онъ не указываетъ лица, у котораго онъ ее купилъ на торгу, обязанъ подтвердить законный способъ ея пріобрѣтенія посредствомъ двухъ имовѣрныхъ свидѣтелей, либо мытника, или же, при наличности только одного свидѣтеля, долженъ самъ присягнуть. Въ правильности такого именно чтенія начальной части ст. 33 Кар. можно наглядно убѣдиться сопоставленіемъ ея съ соотвѣтственною ей 46 статьею Великокняжескаго Судебника 1497 г.: „А кто купитъ на торгу, что ново, опроче лошади, *а у кого купитъ не зная его*, а будетъ людемъ добрымъ *двѣма или тремъ* вѣдомо, а

---

[1]) Ср. Н. Ланге: „Древ. рус. уголов. судопроизводство", СПБ., 1884 г. стр. 197: „Послухи предъ допросомъ не приводились къ присягѣ".



поимаются у него, и тѣ люди добрые скажутъ по праву, что передъ ними купилъ въ торгу, ино тотъ правъ, у кого поимались, и цѣлованія ему нѣтъ" [1]).

Изъ этой послѣдней статьи, равно какъ изъ тождественной съ нею ст. 56 Псков. Судной Грамоты, съ несомнѣнностію явствуетъ, что въ ней идетъ рѣчь единственно и исключительно о томъ случаѣ, когда покупщикъ краденой вещи не въ состояніи указать, у кого онъ ее купилъ, и что только *въ такомъ случаѣ* онъ обязанъ подтвердить фактъ покупки двумя или тремя (по Пск. Суд. Грам. 4 или 5) свидѣтелями, и тогда отъ него не требуется уже никакой присяги, а отсюда какъ бы самъ собою вытекаетъ выводъ, что, когда нѣтъ, по крайней мѣрѣ, двухъ свидѣтелей, а есть только одинъ, то владѣлецъ опознанной вещи, *онъ самъ*, а не свидѣтель, долженъ присягать, какъ это, впрочемъ, ясно выражено въ Пск. Суд. Грамотѣ и Судебникѣ: „а не будетъ у него свидѣтелей, ино *ему* правда дати", и что съ другой стороны, въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ краденной вещи указываетъ точно лицо, отъ котораго онъ ее получилъ, то отъ него, владѣльца, не требуетъ уже вовсе ни свидѣтелей, ни присяги, а дѣло рѣшается посредствомъ „свода", „извода".

Мнѣ предстоитъ теперь разсмотрѣть изъ группы статей, относящихся къ ученію о судебныхъ доказательствахъ, слѣдующую, по порядку, ст. 44 Кар. надписанную: „о запрѣніи кунъ", и соотвѣтствующую ей ст. 14 Акад. списка. Обѣ эти статьи, вмѣстѣ взятыя и главнымъ образомъ вторая изъ нихъ, упоминающая о судѣ 12-и мужей, или, по выраженію Погодина, „12-и гражданъ—присяжныхъ", издавна были предметомъ особеннаго вниманія со стороны русскихъ историковъ и юристовъ и приводились послѣдними въ подкрѣпленіе многоразличныхъ теорій, касающихся древне-русскаго быта и права.

Поэтому считаю себя обязаннымъ въ свою очередь по-

---

[1]) Христомотія проф. Вл.-Буданова, вып. II, изд. 3-е, ств. 99.



сильно обсудить означенныя статьи,—какъ можно обстоятельнѣе.

И такъ:

6. О Судѣ 12-и мужей. (Ст. 14 Акад. и 44 Карам.).

Ст. 14 Академ.: „Аще кто възыщеть на дроузѣ проче, а онъ ся запирати почнеть: то ити ему на изводъ предъ 12 человѣка, да еще боудеть обидя не вдалъ, боудеть достоино емоу свои скотъ, а за „обидоу 3 гривнѣ".

Ст. 44 Кар.: „Аще кто взыщеть коунъ на друзѣ, а онъ ся оучне запирати, то оже нань послуси выведеть, то ти поидуть на ротоу, а онъ възметь коуны свои; занеже не далъ ему есть за много лѣтъ, то платити ему за обиду 3 гривныи".

По вопросу о значеніи и происхожденіи упоминаемаго въ ст. 14 Акад. „*извода предъ 12 человѣка*" высказаны были, какъ извѣстно, самые разнообразные взгляды. Одни считають 12 мужей простыми *свидѣтелями факта* (testes de veritate), другіе—*пособниками*, *соприсяжниками* (Eideshelfer), свидѣтелями *доброй славы* (testes de credulitate), третьи—*представителями общины*, позднѣйшими *судными мужами*, напоминающими германскихъ boni homines, rachinburgi, Schöffen, или англо-саксонскихъ *присяжныхъ судей*—jury.

Особо выдѣляется мнѣніе проф. М. Ф. Владимірскаго—Буданова. Онъ полагаетъ, что „коммисія 12-я состоитъ изъ *послуховъ*, *свидѣтелей заключенной сдѣлки*, которые *въ то же время были судьями* относительно этой сдѣлки" (послѣдній курсивъ принадлежитъ самому автору).

Эти разногласныя мнѣнія, принадлежащія наиболѣе выдающимся представителямъ русской историко-юридической науки, приведены и разобраны весьма пространно въ изслѣдованіи профессора Н. С. Суворова: „Слѣды западно-католическаго церковнаго права въ памятникахъ древняго русскаго права" и въ послѣдовавшемъ затѣмъ его трудѣ: „Къ вопросу о западномъ вліяніи на древне-русское право", изданномъ по поводу книги покойнаго проф. А. С. Павлова: „Мнимые

слѣды католическаго вліянія въ древнѣйшихъ памятникахъ юго-славянскаго и русскаго церковнаго права".

Досточтимый Н. С. Суворовъ признаетъ единственно возможнымъ остановиться на взглядѣ, по которому 12 человѣкъ *ст. 14-и Акад. сп.*, подобно 7-и свидѣтелямъ *ст. 15-й Кар. сп.*, суть *послухи-соприсяжники*: въ первомъ случаѣ на сторонѣ кредитора-истца, а во второмъ—на сторонѣ обвиняемаго въ убійствѣ. Всѣ же остальные существующіе по сему пункту воззрѣнія авторъ считаетъ лишенными всякаго правильнаго основанія [1]).

Обратившись затѣмъ къ вопросу о томъ, былъ ли институтъ 12-и послуховъ—соприсяжниковъ самобытнымъ національно-русскимъ институтомъ, коренившимся въ правосознаніи и юридическомъ быту всѣхъ вообще славянскихъ народовъ, или же является результатомъ германскаго вліянія?—авторъ, съ свойственною ему эрудиціею, рѣшаетъ этотъ вопросъ въ пользу норманскаго и, вообще, германскаго происхожденія сказаннаго института.

„У *германцевъ*, говоритъ онъ, число 12 было знаменательнымъ и имѣло особое значеніе въ самыхъ разнообразныхъ отношеніяхъ. Оно прежде всего господствовало въ мірѣ боговъ: боги, а также валькиріи, препровождавшія героевъ въ валгалу, являются въ количествѣ двѣнадцати. Прославляемые герои имѣли 12 сыновей, или 12 спутниковъ... Затѣмъ въ древнихъ уже сагахъ упоминаются 12 судей. По *датскому и норвежскому* правамъ, какъ судей, такъ и соприсяжниковъ было 12, а если не 12, то $^1/_2$ 12-и, или 2×12, 3×12 и т. д... У *англосаксовъ* видимъ 12 шеффеновъ и 12 соприсяжниковъ; 12 соприсяжниковъ у *франковъ*; 12 свидѣтелей требуется по *Lex Salica*. У *лонгобардовъ*, по закону короля Ротаря, повторенному Ліутпрандомъ и другими, въ спорныхъ дѣлахъ на сумму до 20 солидовъ, отвѣтчикъ долженъ принести очистительную присягу самъ двѣнадцатый, т. е. съ 11-ю соприсяжниками, передъ Евангеліемъ; въ дѣлахъ на сумму до 12 солидовъ достаточно, чтобы отвѣтчикъ принесъ

[1]) „Слѣды зап.-католич. цер. права" и пр., стр. 62 и слѣд.



присягу самъ шесть, и наконецъ въ самыхъ незначительныхъ дѣлахъ самъ третей" [1]).

Съ другой же стороны письменные источники права *славянскихъ* народовъ не даютъ, на взглядъ автора, никакого основанія считать 12 судныхъ мужей-поротниковъ, или послуховъ-судей исконно-славянскимъ учрежденіемъ. Такъ, у *чеховъ*, какъ полагаетъ авторъ, ссылаясь на Палацкаго, въ древнее время „порота" вовсе не была извѣстна. Что касается *сербовъ*, то, хотя въ „Законникѣ Стефана Душана" и содержится статья о поротникахъ въ числѣ 12-и или 2×12 или $^1/_2$ 12, но самый „Законникъ" явился лишь въ половинѣ XIV в.; до этого же времени, какъ выводитъ авторъ, опираясь на проф. Майкова, поротниковъ требовалось въ каждомъ дѣлѣ не болѣе двухъ—по одному отъ той и другой стороны. Въ древнѣйшемъ же законодательномъ памятникѣ *южныхъ славянъ*—Виндольскомъ статутѣ—число „ротниковъ" или поротниковъ колеблется между 6-ю и 85-ю, смотря по важности дѣла. Все это, объясняетъ Н. С. Суворовъ, и приводитъ къ несомнѣнному заключенію, что институтъ 12-и мужей Русской Правды, не имѣя прочныхъ корней въ славянскомъ юридическомъ сознаніи, оказывается заимствованнымъ изъ германскаго права, подъ вліяніемъ началъ котораго создавалась Русская Правда *и вообще*, въ полномъ ея составѣ,—каковое явленіе, какъ думаетъ авторъ, легко объясняется тѣмъ, что въ эпоху составленія памятниковъ древне-русскаго законодательства русскіе князья находились въ постоянномъ живомъ общеніи съ западнымъ міромъ, поддерживая связи съ варягами, вступая не только въ политическія и торговыя сношенія, но и родственные союзы съ иностранными княжескими домами и, наконецъ, давая пріютъ и защиту проживавшимъ болѣе или менѣе продолжительное время при великокняжескихъ дворахъ германскимъ принцамъ.

Противъ этихъ-то выводовъ горячо ополчился покойный А. С. Павловъ, который, оспаривая всѣ вообще положенія трактата Н. С. Суворова о послухахъ, въ особенности, на-

---

[1]) Тамъ же, стр. 42—43

ставалъ на той мысли, что число 12 было столь же національнымъ для русскихъ, какъ и для нѣмцевъ, и что первые не хуже послѣднихъ соблюдали „завѣтъ своей старины“ о 12-ти мужахъ во всѣхъ случаяхъ, когда требовалось представительство всего народа или отдѣльныхъ общественныхъ единицъ.

Въ подтвержденіе сего покойный канонистъ, въ числѣ прочихъ доводовъ, сослался на сказаніе Древнерусской лѣтописи о томъ, что великій князь Владиміръ незадолго предъ днемъ всенароднаго крещенія повелѣлъ торжественно низвергнуть Перуна и приставилъ 12 мужей бить его жезліемъ. Эти 12 мужей, по мнѣнію проф. Павлова, безъ сомнѣнія являются въ настоящемъ случаѣ представителями цѣлаго народа: *весь* народъ, руками этихъ 12-и бьетъ своего отверженнаго кумира, которому онъ приносилъ кровавыя жертвы [1]).

По этому поводу Н. С. Суворовъ въ своей репликѣ замѣтилъ, что представляется весьма естественнымъ, что русскіе князья, будучи скандинавскаго происхожденія, помнили постоянно числа 12, ибо свою „привязанность“ къ этому числу норманны вообще не забывали засвидѣтельствовать при разныхъ случаяхъ, такъ что и приведенное распоряженіе Владиміра должно быть объясняемо изъ германскихъ, а не изъ славянскихъ воззрѣній.

Такова сущность спора, который названные ученые вели между собою въ вышеозначенныхъ своихъ сочиненіяхъ на пространствѣ десятковъ страницъ.

Между тѣмъ позволяю себѣ утверждать, что всѣ вышеприведенныя сужденія изслѣдователей, касательно 12-и мужей, основаны лишь на „роковомъ недоразумѣніи“, имѣющемъ свой источникъ въ томъ, что въ произведеніяхъ древне-русской письменности переписчики: 1) очень часто употребляли букву *і*, вмѣсто союза *и*, а также нерѣдко, вмѣсто *или*, и 2) сбивались съ толку всякій разъ, когда въ рукописяхъ послѣ *і*, какъ соединительнаго союза, слѣдовала не-

[1]) А. С. Павлова: „Мнимые слѣды и пр.“, стр. 87—88; Н. С. Суворовъ „Къ вопросу о зап. вліяніи“, стр. 269.



посредственно буква к҃ со значеніемъ цифры 2,—въ каковыхъ случаяхъ писцы, предполагая, что въ данномъ мѣстѣ обѣ буквы въ сочетаніи изображаютъ собою число 12, только ошибочно, какъ имъ казалось, начертанное, считали нужнымъ исправлять эту мнимую ошибку, поставивъ букву *в* впереди буквы *і*, желая такимъ образомъ соблюсти правило, по которому единицы втораго десятка должны непремѣнно предшествовать десяткамъ [1]).

Вотъ этими-то промахами писцовъ и можетъ единственно быть объяснено появленіе знаменитыхъ 12-и мужей въ древнѣйшихъ русскихъ памятникахъ быта и права, а вовсе не живучестію числа 12 въ русскомъ народномъ сознаніи, какъ полагалъ проф. Павловъ, ни тѣмъ менѣе скандинавскимъ происхожденіемъ первыхъ русскихъ князей и вліяніемъ германскаго, а въ особенности лангобардскаго права чрезъ посредство, между прочимъ, иностранныхъ принцевъ, какъ напр. Гаральда норвежскаго, зятя Ярослава, какъ увѣряетъ проф. Н. С. Суворовъ.

Для демонстраціи же этого положенія я разсмотрю ближе всѣ указанныя названными учеными мѣста древнихъ памятниковъ, въ коихъ говорится о 12-и мужахъ.

Начну сперва съ Лѣтописи: „Перуна же повелѣ (Владиміръ) привязати коневи къ хвосту и влещи съ горы по Боричеву на Ручай, 12 мужа пристави тети жезльемъ“ [2]). Здѣсь обращаетъ на себя вниманіе то, что выраженіе „12 мужа“, за отсутствіемъ предъ нимъ союза *и*, не связано синтаксически съ предшествующимъ предложеніемъ. Но это объясняется именно тѣмъ, что первоначально въ оригиналѣ стояло: „и к҃ (два) мужа пристави“, послѣдующій же переписчикъ измѣнилъ *и* въ *і*, а затѣмъ при дальнѣйшемъ переписываніи Лѣтописи писецъ, принявъ букву *і* за цифру 10, переставилъ

---

[1]) Замѣчу мимоходомъ, что означенное правило заимствовано изъ еврейской письменности, въ которой, при письмѣ и чтеніи справа влѣво, единицы, выражаемыя первыми девятью буквами алфавита, всегда слѣдуютъ за десятками, но при чтеніи, принятомъ въ русскомъ языкѣ, слѣва вправо, единицы оказываются стоящими впереди десятковъ.

[2]) Лѣтопись по Лавр. сп., изд. 1872 г., стр. 114.



ее позади числительной буквы ї и такимъ образомъ явилось число 12. За достовѣрность этой догадки говоритъ то соображеніе, что задача людей, приставленныхъ къ Перуну, заключалась главнѣйше въ томъ, чтобы сопровождать истуканъ по теченію Днѣпра и „жезльемъ" отталкивать его отъ береговъ, пока пройдетъ пороги; для исполненія же этого порученія совершенно достаточно было приставить только двухъ человѣкъ, по одному на каждомъ изъ противоположныхъ береговъ Днѣпра, но вовсе не требовалось командировать отрядъ изъ 12-и мужей.

Перехожу засимъ къ указанной Павловымъ ст. 10-й мирной грамоты Новгородцевъ съ нѣмцами 1195 г.: „Оже емати скотъ Варьягу на Роусинѣ, или Роусину на Варязѣ, а ся его заприть, то 12 мужь послухы, идеть ротѣ, възьметь свое" По переводу проф. Вл.—Буданова эта статья значитъ слѣдующее: „Если варягъ будетъ взыскивать долгъ отъ русина, или русинъ съ варяга и должникъ начнетъ запираться, то истецъ долженъ представить 12 человѣкъ послуховъ, которые и присягаютъ, и тогда получаетъ свое" [1]). Но спрашивается, какъ, при такомъ толкованіи, согласовать настоящую статью со статьею 15. Р. Правды Кар., по которой въ поклепныхъ искахъ требуется отъ varяговъ (иностранцевъ) всего только 3 послуха? Да и непонятно совсѣмъ, для чего въ нашей статьѣ какъ-бы подчеркивается, что свидѣтели присягаютъ. Вѣдь одно изъ двухъ: или свидѣтели вообще допрашивались подъ присягою, тогда незачѣмъ было упоминать объ этомъ особо въ настоящей статьѣ; или же, по общему правилу, свидѣтели показывали безъ присяги,—въ такомъ случаѣ, чѣмъ объяснить, что на сей разъ отъ нихъ требовалась присяга? Но стоитъ только сдѣлать незначительную перестановку словъ, и всѣ эти недоумѣнія сами собою исчезнутъ. А именно: Надлежитъ, по моему, нашу статью читать такъ: „Оже емати скотъ Варьягу на Роусинѣ, или Роусину на Варязѣ, а ся его заприть и .в҃. (два) мужь послухы, то идеть ротѣ, възьметь свое". Т. е.: Въ случаѣ отрицанія Роусиномъ или Варягомъ

[1]) Христоматія, изд. 5-е, выпускъ I, стр. III.



своего долга по обязательству, если истецъ выставитъ двухъ свидѣтелей и подтвердитъ свою претензію присягою, то его искъ удовлетворяется. Такимъ образомъ мы снова встрѣчаемся здѣсь съ положеніемъ, по которому въ искахъ между туземцами и иностранцами требуется представленіе по меньшей мѣрѣ двухъ свидѣтелей (одного туземца и другого иностранца), при чемъ истецъ свой искъ, а отвѣтчикъ свой споръ долженъ былъ еще подтвердить присягою,—тогда какъ въ искахъ туземцевъ *между собою* полнымъ доказательствомъ признавалось показаніе двухъ или трехъ свидѣтелей; при наличности же одного только свидѣтеля, сославшаяся на него сторона (а не свидѣтель) обязана была подкрѣпить свое требованіе или свое возраженіе присягою.

Теперь мы можемъ уже обратиться къ ст. 14 Русской Правды Акад., сопоставленной съ ст. 44 Кар.

Первая изъ этихъ статей въ переводѣ проф. Вл.-Буданова гласитъ слѣдующее: „Если кто будетъ искать на другомъ долга (въ текстѣ: *проче*, по другимъ спискамъ: *процѣ*, *прокъ*), и должникъ начнетъ запираться, то идти ему *на изводъ предъ 12 человѣками;* если (по суду этихъ 12-и) окажется, что должникъ *злонамѣренно* не отдавалъ должныхъ ему денегъ, то взыскивается *за обиду* 3 гривны".

Этотъ переводъ, однако, вовсе не соотвѣтствуетъ буквальному значенію словъ, входящихъ въ разбираемую статью и не выясняетъ логическаго смысла послѣдней. Такъ, слова: „проче", „прокъ"—остальное, остатокъ—ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть приняты за синонимы стоящихъ на ихъ мѣстѣ въ статьѣ 44-й Кар. реченій „кунъ" или „скота"—денегъ. Затѣмъ выраженіе: „идти на изводъ", (въ др. сп.: зводъ, сводъ) имѣетъ всюду въ русскихъ правовыхъ памятникахъ одинъ, неизмѣнно опредѣленный, смыслъ, означая отведеніе себя отъ подозрѣнія въ кражѣ посредствомъ указанія лица, отъ котораго пріобрѣтена опознанная краденная вещь. Поэтому рѣшительно невозможно въ данной статьѣ разумѣть подъ терминомъ „изводъ" *изобличеніе отвѣтчика въ неуплатѣ долга*, какъ усиливается объяснить, при помощи даже одного стиха изъ псалмовъ царя Давида, проф. Мро-

чекъ-Дроздовскій [1]). Точно также выраженіе: „аще боудеть обидя не вдалъ будеть", совершенно произвольно истолковано: если должникъ *злонамѣренно* не отдавалъ (должныхъ денегъ); въ такомъ значеніи глаголъ: „обидѣть", или „*быти обидя*", нигдѣ не встрѣчается. Да вообще злонамѣренность должника тутъ ровно не при чемъ: рѣчь идетъ вѣдь только о способѣ доказыванія истцомъ долговой претензіи, оспариваемой отвѣтчикомъ, а оспаривается ли долгъ злонамѣренно, или же добросовѣстно,—это моментъ безразличный.

По самому же существу дѣла остается неразрѣшеннымъ давно поставленный изслѣдователями вопросъ: почему разбирательству „коммисіи" 12-и мужей подлежатъ исключительно только споры по долговымъ обязательствамъ, и почему объ этой же „коммисіи" нѣтъ больше и помину даже въ ст. 44-й Кар. списка?

Между тѣмъ всѣ означенные вопросы и недоумѣнія будутъ вполнѣ устранены, если только намъ удастся возстановить подлинныя черты разбираемыхъ двухъ статей, явно искаженныхъ переписчиками. Дѣло въ томъ, что ст. 14 Акад., какъ по всему видно, первоначально помѣщена была рядомъ съ однопредметною, но не совсѣмъ тождественною съ нею, ст. 44 Кар., при чемъ обѣимъ этимъ статьямъ непосредственно *предшествовали*, какъ это, дѣйствительно, имѣетъ мѣсто, впрочемъ, лишь отчасти, въ большинствѣ нынѣ извѣстныхъ намъ списковъ, статьи объ „изгибели", о „сводѣ" и о „челядиномъ изводѣ" (ст. 12, 13 и 15 Акад.—ст. 32—34 и 36 Кар.); *слѣдовала же* за обѣими сказанными статьями группа правоположеній о способѣ доказыванія долга по торговлѣ, о поклажѣ, о процентахъ и о порядкѣ удовлетворенія кредиторовъ, въ случаѣ несостоятельности должниковъ (ст. 45—48 и 66—69 Кар.).

При такой группировкѣ всѣхъ перечисленныхъ статей можно съ увѣренностію предположить, что въ сборникѣ, въ которомъ онѣ помѣщались, приписаны были на поляхъ относящіеся къ нимъ варіанты, а также пропущенныя въ кон-

[1]) Изслѣд. о Рус. Правдѣ, вып. 2-й, стр. 172.



текстѣ отдѣльныя слова и выраженія и что послѣдующій переписчикъ, перенеся эти напольныя замѣтки въ самый текстъ статей, по недомыслію, поставилъ оныя на ненадлежащихъ мѣстахъ. Поэтому задача критики—исправить эти погрѣшности,—чѣмъ я и займусь.

Останавливаясь прежде всего на *ст. 14 Акад.*, я укажу сначала на содержащіяся въ ней слова и выраженія, совершенно некстати къ ней приплетенныя.

Такъ: 1) слово „*проче*", въ данной статьѣ вовсе неумѣстное, занесено сюда изъ ст. 69 Кар., постановляющей, что, въ случаѣ несостоятельности общаго должника, онъ продается и изъ вырученныхъ денегъ удовлетворяются сперва претензіи иногородныхъ или иноземныхъ гостей, отпускавшихъ ему товары, не зная о мѣрѣ его задолженности, а затѣмъ уже—долговыя требованія его согражданъ и своеземцевъ („домашнихъ"), при чемъ, если на несостоятельномъ числится долгъ „князю" (казнѣ), то таковой уплачивается прежде всѣхъ другихъ долговъ и только остатокъ имущества несостоятельнаго поступаетъ въ раздѣлъ между остальными кредиторами („*а прокъ въ дѣлъ*"). На этомъ-то мѣстѣ, для лучшаго поясненія слова „прокъ", вѣроятно, и стояло первоначально на одномъ изъ полей рукописи разночтеніе: *проче*, или *прочее*, которое впослѣдствіи, по милости писца, перемѣщено было въ текстѣ ст. 14 Акад., для заполненія пробѣла, образовавшагося отъ случайнаго пропуска слова „скота" (или „кунъ"); 2) точно также, въ качествѣ варьянта къ выраженію той-же ст. 69-й Кар.: „*а не вѣдая запустить*" (зань товаръ), имѣлась напольная приписка: „*да аще боудеть не вѣдая вдалъ*", но переписчикъ перенесъ этотъ варьянтъ въ статью 14 Акад. и, притомъ, въ исковерканномъ видѣ: „да аще боудеть *обидя не* вдалъ"; 3) слова: „*на изводъ*"—составляютъ варьянтъ выраженія ст. 13-й Акад. сп.: „пойди *на сводъ*"; 4) наконецъ, фраза: „*а за обидоу 3 гривнѣ*", которая въ ст. 14-й Акад. лишена разумнаго смысла, составляетъ лишь ошибочное повтореніе читающейся въ концѣ статьи 12-й того же списка фразы: „а *3 гривнѣ за обидоу*".

Отмѣтивъ всѣ означенныя *лишнія* слова, подлежащія ис-

ключенію изъ ст. 14-й Акад., укажу теперь на реченія, въ ней, *пропущенныя* и поставленныя переписчикомъ въ концѣ непосредственно слѣдующей за нею въ Акад. же спискѣ ст. 15-й, опредѣляющей порядокъ производства „свода“ о пропавшемъ рабѣ: „Аще кто челядинъ пояти хощеть, познавъ свои, то къ оному вести, оу кого то боудеть коупилъ..., а ты своего скота ищи *при видицѣ*“. Послѣднія два слова не имѣютъ ни малѣйшей связи съ предъидущимъ содержаніемъ статьи, да ихъ и нѣтъ совсѣмъ въ параллельной ст. 34-й Кар. сп., озаглавленной: „о челядиномъ изводѣ“. Вотъ ихъ-то и нужно перенести обратно въ ст. 14 Акад., которая послѣ этого явится въ слѣдующемъ видѣ.

„Аще гдѣ взыщеть на дроузѣ... (коунъ), а онъ ся запирати почнеть, то ити ему... предъ *видоци* .в҃. (два) і (вмѣсто: или) *при* (чит.: *три*) человѣка..., (и) боудеть достоино емоу свои скотъ (имати)“. Т. е.: Всякій денежный искъ, хотя бы оспариваемый отвѣтчикомъ, подлежитъ удовлетворенію, если онъ будетъ подтвержденъ двумя или тремя сторонними людьми, удостовѣряющими спорныя обстоятельства,—„видоками“.

И такъ, въ разсмотрѣнной статьѣ рѣчь идетъ вовсе не о „коммисіи“ въ составѣ 12-и мужей, представителей общины, разбиравшихъ, *въ качествѣ присяжныхъ*, почему-то лишь споры по долговымъ обязательствамъ, а о простыхъ *свидѣтеляхъ факта*, въ числѣ двухъ или трехъ, по показаніямъ коихъ рѣшались въ княжескихъ судахъ *всякія спорныя дѣла*, согласно правилу Моисеева Закона: „приоустѣхъ двою свидѣтелей, и при оустѣхъ трехъ свидѣтелей, *да станетъ* всякъ глаголъ“, или, по вольному ошибочному пересказу проф. В. И. Сергѣевича „да *смолкнетъ* (?) всякъ глаголъ“ [1]).

Обращаюсь засимъ къ *ст. 44 Кар.* Для возстановленія ея текста предстоитъ произвести и надъ нею такія же хирургическія операціи пересадки и усѣченія, какія продѣланы мною надъ сродною съ нею ст. 14 Акад. сп. А именно, въ чтеніе разбираемой статьи необходимо включить слова: „оу варяга, любо оу кольбяга“, запрятанныя въ ст. 10 Акад.,

[1]) „Лекціи и изслѣд. по ист. рус. права“, I, изд. 1903 г., стр. 583.



трактующей объ укрывательствѣ бѣжавшаго раба,—гдѣ они положительно неумѣстны, судя какъ по самому логическому смыслу изображеннаго въ ней правоположенія, такъ и потому, что они отсутствуютъ въ буквально сходной съ нею статьѣ 27 Кар., надписанной: „о челядинѣ". Затѣмъ надлежитъ въ разсматриваемой ст. 44 Кар. ампутировать всю заключительную ея часть: „занеже не далъ ему есть на много лѣтъ, то платити ему за обидоу 3 гривныи". Эверсъ истолковалъ это мѣсто такъ, что запиравшійся должникъ, изобличенный присяжными свидѣтелями заимодавца, обязанъ былъ, сверхъ удовлетворенія исковаго требованія, уплатить еще 3 гривны за обиду (?), причиненную истцу долговременною проволочкою [1]). Проф. же Вл.-Будановъ въ первыхъ изданіяхъ своей „христоматіи" не признавалъ возможнымъ считать 3 гривны единообразною платою за просрочку, какъ бы продолжительна таковая ни была, а потому полагалъ, что онѣ составляли штрафъ, уголовную пеню въ пользу общественной власти [2]). Но въ послѣдующихъ изданіяхъ названной книги авторъ за лучшее разсудилъ совсѣмъ опустить означенное свое замѣчаніе, очевидно, сознавая и самъ, что приведенное предложеніе не поддается вообще никакому, сколько-нибудь сносному, объясненію. Происходитъ же это, по моему, оттого, что сказанное предложеніе склеено изъ двухъ, не имѣющихъ ничего общаго ни между собою, ни съ предшествующимъ содержаніемъ статьи фразъ, занесенныхъ сюда съчужа. Такъ, фраза: „занеже не далъ ему есть на много лѣтъ" составляла, повидимому, варьянтъ къ ст. 48 Кар., озаглавленной: „о мѣсячномъ рѣзу" и начинающейся: „А мѣсячный рѣзъ, *оже за моло дни*, то имати емоу". Здѣсь въ оригиналѣ на поляхъ, имѣлась, надо думать, пояснительная замѣтка о томъ, что выраженіе: „оже за моло *дни*" значитъ: если заемъ заключенъ былъ на небольшое число *лѣтъ*. Этотъ-то варьянтъ потомъ и былъ перенесенъ съ поля въ самый текстъ помѣщенной въ недалекомъ разстояніи ст. 44 Кар. Что же касается фразы: „то платити

[1]) „Древнѣйшее рус. право", стр. 388.

[2]) Христоматія по ист. рус. права, вып. I, стр. 51, изд. 1876 г.

ему за обидоу 3 гривны“, то она составляетъ опять-таки только ошибочное повтореніе подобной же фразы, содержащейся въ упомянутой ст. 10 Акад. (=ст. 27 Кар.), опредѣляющей въ такомъ именно размѣрѣ штрафъ за укрывательство чужого раба.

Такимъ образомъ, за указанными добавленіемъ и урѣзками нѣкоторыхъ словъ, ст. 44 Кар. должна читаться такъ:

„Аще кто взыщеть коунъ на друзѣ [*оу варяга, любо кольбяга*] а онъ ся оучне запирати, то оже нань послуси выведеть, то тии поидуть (чит.: *тыи поидетъ*) на ротоу, а (въ др. спискахъ: и) онъ възметь коуны свои“. Точка. Т. е.: по денежнымъ спорамъ, возникающимъ между туземцами и иностранцами, истецъ долженъ подтвердить свое требованіе свидѣтелями и, сверхъ того, *личною присягою*,—въ отличіе отъ дѣлъ по спорамъ туземцевъ *между собою*, въ каковыхъ дѣлахъ, какъ многократно уже объяснено было выше, отъ истца требовалась присяга лишь въ томъ случаѣ, когда онъ, вмѣсто двухъ, или больше свидѣтелей, выставилъ только одного.

7. О 12-и мужахъ и 11-и (18-и) послухахъ Закона Суднаго.

Расходясь во взглядахъ на значеніе легендарныхъ „12-и человѣка“ краткой Русской Правды, обязанныхъ, какъ мы видѣли, своимъ бытіемъ единственно лишь недоразумѣнію переписчиковъ,—ученые изыскатели русской старины ссылаются, каждый понятно, въ подтвержденіе основательности *своей* доктрины, на двѣ статьи обширной редакціи такъ наз. *Судебника царя Константина*, или *Закона Суднаго людемъ*, изъ коихъ одна надписана „о послушьствѣ‘„ или „о поповскомъ послушествѣ“, а другая—„о судьи и о послусѣхъ“, или просто „о послусѣхъ“. Въ виду того и я въ свою очередь вынужденъ заняться разборомъ сказанныхъ двухъ статей.

а) *О послушьствѣ*.

Эта статья, имѣющаяся въ харатейномъ спискѣ, изданномъ Дубенскимъ во 2-й части Русск. Достопамятностей (стр. 182) съ очевиднымъ пробѣломъ, означеннымъ двумя

точками, гласитъ: „О послушьст(в). Попъ иже бываетъ... за .ві. мужа".

Въ силу приведенной статьи, говоритъ проф. Н. С. Суворовъ, свидѣтельство одного священника приравнивается свидѣтельству 12-и послуховъ, въ чемъ „весьма явственнымъ образомъ выразилась клерикальная тенденція укрѣпить авторитетъ духовенства и выдать свидѣтельство одного духовнаго лица за наибольшую и наилучшую гарантію истины, какую только могъ найти редакторъ въ извѣстныхъ ему юридическихъ памятникахъ". „Едва ли, однако, продолжаетъ почтенный ученый, можно смотрѣть на данную статью, какъ на дѣйствовавшую когда-либо и гдѣ-либо юридическую норму;— это просто выраженіе личнаго взгляда и личной тенденціи редактора" [1]).

Изложенное соображеніе, на ряду со многими другими доводами, подтверждаетъ, по мнѣнію автора, защищаемый имъ тезисъ, что Законъ Судный, вообще, не есть аутентическое болгарское уложеніе конца IX или начала X вѣка, а составляетъ частную работу неизвѣстнаго духовнаго лица, руководствовавшагося правилами западно-католическаго порядка, и что, въ частности, статья о послушствѣ поповскомъ могла быть занесена въ обширную редакцію означеннаго памятника подъ вліяніемъ Русской Правды, или, точнѣе сказать, имѣетъ своимъ источникомъ германское право.

Напротивъ того проф. Павловъ, отстаивавшій мысль о самобытно-славянскомъ вообще характерѣ Закона Суднаго, на которомъ, если и отразилось чуждое вліяніе, то только византійское, а ничуть не западно-католическое, полагалъ, относительно данной статьи, что фактъ нахожденія въ старшемъ памятникѣ славянскаго права нормы объ 11-и, точнѣе о 12-и, вмѣстѣ съ истцомъ и отвѣтчикомъ, послухахъ и затѣмъ повтореніе той же самой нормы въ позднѣйшихъ памятникахъ славянскихъ законодательствъ и у самихъ болгаръ въ статьѣ обширной редакціи Закона Суднаго о послу-

---

[1]) „Слѣды зап.-кат. церк. права въ памятникахъ древ.-рус. права", стр. 145.

шествѣ поповскомъ, служитъ достовѣрнымъ признакомъ ея *національно-славянскаго происхожденія* [1]).

Но беру смѣлость заявить, что выводы названныхъ ученыхъ опять построены на пескѣ и именно, вслѣдствіе того, что оба автора, равно, какъ и другіе писатели, въ томъ числѣ и проф. Дювернуа, оперировали надъ статьею, do nec plus ultra обезображенною переписчиками и что, въ дѣйствительности, въ данной статьѣ первоначально не было и рѣчи о послушествѣ, вообще, и о поповскомъ, въ особенности, а трактовалось совсѣмъ о другомъ предметѣ—*о поповскомъ пойствѣ*.

Дѣло въ слѣдующемъ:

Какъ убѣдительно доказано проф. Суворовымъ, въ пространную редакцію Закона Суднаго включены нѣсколько статей, заимствованныхъ изъ епитемейнаго устава подъ названіемъ: „Заповѣдь св. отецъ“, составляющаго славянскій переводъ или близкую передѣлку латинскаго мерзебургскаго пенетенціала (Poenitentiale merseburgense). Къ числу таковыхъ заимствованій относится и статья: „о упойствѣ“, помѣщенная во 2-й ч. Рус. Достопамятности на томъ же самомъ, 66-мъ, листѣ рукописи (въ изданіи, стр. 182), на которомъ имѣется и статья о послушествѣ поповскомъ. Вотъ какъ читается эта статья въ упомянутомъ латинскомъ пенетенціалѣ, въ „Заповѣди св. отецъ“ (изд. Н. С. Суворовымъ), а также въ другомъ славянскомъ епитимейникѣ—„уставѣ бѣлечьскомъ“ (изд. проф. Голубинскимъ) и Законѣ Судномъ.

Poenit mersenb.	„Заповѣдь“.	„Уставъ бѣлеч.“	„Законъ Судн.“
53. Si quis alium cogit ut inebrietur, huminitatis gratia, ut ebrius poeniteat ets. (Н. С. Суворовъ: „Слѣды“, прил., стр. XVI).	*38.* Аще кто оупоит дроуга своего, да постатася оба ꙁ҃ *днии*.	Аще упоить друга своего *за любовь*, да поститися оба *7 дней* и пр.	*О упоиствѣ.* Аще оупоить друга своего до поругания (въ Соф.: *до порога*), да ся тепета по двѣ на і-ть ранѣ.

[1]) См. Н. С. Суворова: „Къ вопросу о зап. вліяніи и пр.“, стр. 227.

Приведенной только что статьѣ о упойствѣ *непосредственно предшествуетъ* въ мезербургскомъ пенетенціалѣ статья *о пьянствѣ* слѣдующаго содержанія: „*52.* Si quis clericus aut sacerdos *se inebriaverit XZ* dies poen. i. p. e. a (poeniteat in pane et aqua) laicus VII",—каковой статьѣ въ „Заповѣди св. отецъ" соотвѣтствуетъ *ст. 37:* „Аще который попъ или причьтникъ *оупіется*, ї (10) днии да покается; аще ли есть бѣлець—з҃ днии да покаеться". Между тѣмъ этой то послѣдней статьи въ Законѣ Судномъ недостаетъ вовсе, что̀ представляется довольно страннымъ, ибо, по неразрывной ея связи съ правиломъ объ эпитиміи, опредѣленной за опаиваніе кого-либо,—за *упойство*,—она непремѣнно должна была бы тамъ находиться. Загадка объясняется, однако, тѣмъ, что въ оригиналѣ, съ котораго списанъ изводъ Закона Суднаго, изданный Дубенскимъ, означенная статья, какъ можно безошибочно допустить, на самомъ дѣлѣ находилась, бывъ изложена такъ: „*О по*[и]*ствѣ. Попъ иже* [у] *пиваетъ*[ся. м҃. (или ї.) днии да покаеться]; [аще ли есть бѣлець]— з҃. *д.*" (т. е. 7 дней). Но въ оригинальной рукописи обведенныя мною прямыми скобками буквы и слова оказались, должно быть, прогнившими, либо стертыми, такъ, что разобрать можно было только слова и буквы, отмѣченныя мною здѣсь курсивомъ. И вотъ переписчикъ, не зная рѣшительно, о чемъ въ статьѣ идетъ рѣчь, поставилъ въ заголовкѣ наугадъ на мѣстѣ „о по. . .ствѣ"—„о послушествѣ", вмѣсто „*пиваетъ*" (обрывка слова: „упивается")—„бываетъ", а вмѣсто непонятныхъ ему буквенныхъ знаковъ; з҃. д.,—предлогъ „за" бывъ, притомъ, введенъ въ заблужденіе сходствомъ въ славянскомъ письмѣ буквъ *а.* и *д.* Впрочемъ, этотъ переписчикъ былъ еще добросовѣстенъ настолько, что, по крайней мѣрѣ, отмѣтилъ въ текстѣ пробѣлъ. Но за то составитель списка Закона Суднаго, помѣщеннаго въ Соф. Временникѣ, перещеголялъ своего старшаго собрата, выбросивъ вовсе мѣстоименіе *иже*, какъ обнаруживающее неполноту и незаконченность грамматическаго предложенія, и поставивъ, вслѣдъ за словомъ „попъ", выраженіе, соотвѣтственное ошибочному заголовку: „о послушествѣ", вслѣдствіе чего и явилась фраза:

„Попъ *въ послушествѣ* бываетъ“. Но, куда, однако, при предполагаемомъ мною чтеніи трактуемой статьи, дѣвать торчащихъ въ концѣ ея *12-и мужей?* А вотъ куда. Между статьею „о послушествѣ“ (или, по моему, о *пойствѣ*) и статьею: „*о оупойствѣ*“ на одной и той же страницѣ въ изданіи Дубенскаго имѣется статья „о дву жену“, въ которой говорится о содомскомъ грѣхѣ: „Аще *двѣ женѣ* бѣситася... творяще муже (чит.: мужемъ) едина, а другой (въ Соф.: другая) женою, да ся тепеть обѣ *пусту* (описка, вм.: по сту) ранъ“. Является, однако, недоумѣніе: почему ни здѣсь, ни въ другомъ мѣстѣ Закона Суднаго не упомянуто вовсе о содоміи, совершенной двумя *мужчинами?* Недоумѣніе можетъ быть объяснено развѣ тѣмъ, что въ первоначальномъ текстѣ сказано было: „аще двѣ женѣ, .і..в. (т. е. *или два*) *мужа*, бѣситася и пр.,“ но подчеркнутыя слова, пропущенныя, по ошибкѣ, въ текстѣ, отмѣчены были на полѣ, а при послѣдующей перепискѣ включены были уже въ самое чтеніе, но не данной статьи о двухъ женщинахъ, а статьи о послушествѣ (о поіствѣ), при чемъ, по обыкновенію, писецъ, принявъ буквы: .і..в. за число 12, счелъ долгомъ переставить *в* впереди *і*, написавъ: „ві мужа“.

И такъ, вмѣсто сочиненной, по мнѣнію проф. Суворова, съ западно-католическою клерикальною тенденціею какимъ то невѣдомымъ духовнымъ лицомъ, римскаго или болгарскаго происхожденія, нормы о преимущественномъ значеніи послушества священниковъ, равнявшагося будто бы, по своей силѣ, свидѣтельству обыкновенныхъ послуховъ въ максимальномъ ихъ числѣ 12-и,—нормы, по словамъ того же ученаго, нигдѣ и никогда не примѣнявшейся на дѣлѣ,—разобранная статья Закона Суднаго содержитъ въ себѣ положительное, извлеченное изъ дѣйствовавшихъ на практикѣ, покаянныхъ уставовъ, правило объ эпитиміи, налагаемой какъ на лицъ духовнаго званія, такъ и на міранъ, за одинъ—изъ церковно-дисциплинарныхъ проступковъ—*пьянство;* вмѣсто же пресловутыхъ 12-и мужей—„*граждан*ъ“, въ данной статьѣ фигурируютъ насильно вторгнувшіеся въ нее два развратника, о коихъ даже „не льзѣ псати, срама ради“.

б) О судьи и о послусѣхъ.

Приведу за симъ привлеченную изслѣдователями для объясненія 12-и мужей Р. Правды еще и другую статью Закона Суднаго, говорящую объ 11-и (18 и) послухахъ. Текстъ этой статьи я изложу по обширной редакціи сказаннаго памятника, содержащейся въ сборникѣ, изданномъ Дубенскимъ [1]), обозначивъ скобками варіанты краткой редакціи, помѣщенной въ кн. 46-й Печатной Кормчей.

,,Надо всими сими достоитъ (на всякой при) кн҃зь или судья (князю и судии) со (всяцѣмъ) истязаниемъ и терпѣниемь истязание (испытание) творити; (и не) бесъ послухъ не осужати, но просити (искати) истовыя послухы, боящаяся Бога (и нарочитыхъ), не враждующа (ни лукавьства, ни мерзости), ни мѣсть с німъ имѣюща, ни на кого же г҃ть, ни тяжа, ни пря ни коеяже, но страха Божия ради и правды. Тоже число послухомъ даіетъ въ великыя пря; отъ единого до ні҃, а не ниже сего; въ малыя пря: до ҃з. и до трии послухъ, а не ниже (Въ Печ. Кормчей; число же послухъ да бываетъ лі.: и лише сего числа; въ малой при отъ седми до трехъ, а менѣе сего числа въ меньшей при не принимати). Власть же имати на судъ судю (судии) на него же г҃ть: и да обладаеть залагати (и глаголати) послухы, или послухы, ли присягы или продажею, или туже вазнь, аще когда въ кое время обличаються лъжюще".

,,О *томже.* Не достоитъ же потомъ ни въ едину прю тѣхъ слухъ примати, иже когда облицаються лжюще, преступающе законъ Божии, или житье имѣюще скотьско, или же о себе не бдими, на прю отемлющеся (отимутся)".

Означенная статья послужила предметомъ горячаго спора между проф. Павловымъ и Суворовымъ. Первый изъ нихъ *въ 18-и послухахъ обширной редакціи Закона Суднаго* усматривалъ аналогію съ западно-русскою (литовскою) копою XIV—XV в., т. е. ,,общиннымъ судомъ по тяжебнымъ дѣламъ по землевладѣнію, составлявшимся изъ 36 сосѣдей, по 18-и отъ каждой изъ тяжущихся сторонъ, изъ коихъ потомъ

[1]) Рус. Достоп., ч. 2, стр. 151—153.

выбиралось по 6-и съ каждой стороны (всего 12) для объѣзда спорныхъ границъ",—каковой институтъ А. С. Павловъ считалъ „переживаніемъ" института 12-и мужей Рус. Правды [1]). Напротивъ того проф. Суворовъ прежде всего доказываетъ, что выраженіе *обширной редакціи* Закона Суднаго: „отъ единого. до иг҃" составляетъ явную описку, вмѣсто „единъ на десяте" или „единъ на. і҃." *краткой редакціи* того же памятника. Затѣмъ, въ противоположность мнѣнію покойнаго проф. Павлова о національно-славянскомъ происхожденіи разбираемой статьи, Н. С. Суворовъ въ первоначальномъ своемъ изслѣдованіи („Слѣдахъ") выставилъ то положеніе, что трактуемые въ послѣдней послухи должны быть исключительно производимы изъ свидѣтелей западно-католическихъ *синодальныхъ судовъ*, но въ послѣдующей своей книгѣ („Къ вопросу и пр.") онъ счелъ возможнымъ уже съ положительностью утверждать, что какъ число, такъ и квалификація сказанныхъ послуховъ представляются „точною копіею съ *лонгобардско-каролингскаго законодательства*" [2]).

Однакожъ, стоитъ лишь нѣсколько внимательнѣе вникнуть въ дѣло, чтобы убѣдиться въ несостоятельности каждаго изъ приведенныхъ взглядовъ.

Такъ, никакими натяжками нельзя установить сходства между 11-ю или 18-ю, 7-ю и 3-мя послухами Закона Суднаго съ одной стороны и 12-ю мужами Рус. Правды и 36-ю „околичными сосѣдями" или „сходатаями" литовской копы—съ другой. Различіе обнаруживается здѣсь, кромѣ неодинаковости самого числа послуховъ, между прочимъ, въ томъ, что по Закону Судному пригодные послухи „пріискивались" ex officio княземъ и судіями, тогда какъ „мужи" Рус. Правды, считать ли ихъ простыми свидѣтелями факта, или же соприсяжниками, а равно „сходатаи" западно-русской копы допрашивались исключительно лишь по ссылкѣ тяжущихся. Не касаюсь уже того, что сложившееся въ литературѣ понятіе о

---

[1]) См. цитату у Н. С. Суворова: „Къ вопросу о запад. вліяніи" и пр., стр. 247.

[2]) „Къ вопросу о запад. вліяніи" и пр., стр. 267.



12-ти мужахъ Р. Правды возникло, какъ мною изложено выше, лишь по недоразумѣнію, ибо на самомъ дѣлѣ никакого „извода предъ 12 человѣка" никогда не существовало, а извѣстно было древнѣйшему русскому судопроизводству только свидѣтельство двухъ или трехъ человѣкъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ свидѣтельское показаніе одного человѣка.

Точно также нельзя приравнивать послуховъ нашей статьи къ свидѣтелямъ западныхъ *синодальныхъ судовъ*. По описанію церковнаго писателя X в., аббата Регинона, епископъ, по прибытіи на пароxіальный синодъ, избиралъ изъ среды пароxіанъ, семь человѣкъ, или болѣе, или менѣе того числа, какъ ему заблагоразсудится—„мужей, наиболѣе зрѣлыхъ, наиболѣе честныхъ и наиболѣе заслуживающихъ вѣроятія", которые подъ присягою обязывались доводить до свѣдѣнія епископа или его замѣстителей все то, что совершилось или имѣетъ въ будущемъ совершиться въ предѣлахъ пароxіи въ противность волѣ Божьей и истинному христіанству [1]. Отсюда видно, что, относительно синодальныхъ свидѣтелей, самое опредѣленіе числа ихъ зависѣло единственно отъ благоусмотрѣнія епископа, тогда какъ въ Законѣ Судномъ количество „послуховъ" означено точно: максимальное—11 (по краткой редакціи) и 18 (по обширной) и минимальное—3, „а не ниже сего". Далѣе, testes synodales свидѣтельствовали только по дѣламъ о *преступныхъ* дѣяніяхъ, преимущественно о церковныхъ прегрѣшеніяхъ; наши „послухи" же, какъ можно заключить изъ всего содержанія обсуждаемой статьи, являлись по *всѣмъ*, безъ различія, судебнымъ дѣламъ, не исключая и гражданскихъ.

Что же касается *лонгобардскаго* законодательства, то, по нему, согласно приведеннымъ проф. Суворовымъ цитатамъ изъ законовъ короля Ротаря, въ спорныхъ дѣлахъ на сумму до 20-ти солидовъ отвѣтчикъ долженъ былъ принести очистительную присягу самъ двѣнадцатый,—т. е. съ 11-ю соприсяжниками, а въ самыхъ незначительныхъ дѣлахъ—самъ

---

[1]) Ср. Biener, Beitraege etc., p. 33.—Н. С. Суворовъ, „Слѣды" и пр., стр. 86.



третей, т. е. съ двумя соприсяжниками [1]). Но нельзя, полагаю, не согласиться, что, кромѣ развѣ совпаденія числа 11-и, нѣтъ ничего общаго между сказаннымъ институтомъ свидѣтелей—соприсяжниковъ, являвшихся, притомъ, пособниками одного только отвѣтчика, и постановленіемъ Закона Суднаго о послухахъ, призванныхъ удостовѣрять не добрую славу какой-либо изъ сторонъ, а истинность самихъ событій, спорныхъ между сторонами.

Главнымъ же образомъ всѣ вышеприведенные выводы изслѣдователей, касательно происхожденія и смысла нашей статьи, лишены всякаго основанія потому, что при ближайшемъ анализѣ оказывается, что въ ней перепутаны и перемѣшаны постановленія о *послухахъ* и *о судіяхъ* и что цифры 11 (18) и 3 относятся къ требуемому закономъ числу *судей*, а не свидѣтелей, количество которыхъ въ данной статьѣ вовсе не опредѣлено, а цифра 7, какъ увидимъ, ниже относится къ „испытаніямъ", или „истязаніямъ", коимъ подвергались свидѣтели при судебномъ разбирательствѣ, т. е. означаетъ число вопросныхъ пунктовъ, предлагавшихся свидѣтелямъ со стороны суда, касательно мѣста и времени дѣянія, такъ, что уже по одной этой причинѣ представляется невозможнымъ, основываясь только на сходствѣ цифръ, если бы даже оно дѣйствительно и существовало, сближать послуховъ нашей статьи ни съ „мужами" Р. Правды, ни съ свидѣтелями западно-католическихъ синодальныхъ, либо лонгобардскихъ свѣтскихъ судовъ. Объясняется же перепутанность въ нашей статьѣ правоположеній о послухахъ и о судіяхъ двойственнымъ смысломъ самого слова „послухъ". Извѣстно, что коренное значеніе этого слова—свидѣтель (testis, μαρτυς),—но иногда этимъ реченіемъ передается греч. ἀρχοατης—слушатель, *судья*, слушающій судное дѣло [2]). Этотъ-то двоякій смыслъ слова: „послухъ" не разъ вводилъ въ заблужденіе даже представителей науки. Такъ, напр., проф. Владимірскій-Будановъ вышеуказанный свой взглядъ на 12 мужей ст. 14-й Русск.

[1]) „Слѣды", стр. 43, прим. 78-е.
[2]) Ср. Н. С. Суворова „Слѣды", стр. 47, пр. 84.

Правды Акад., какъ на *свидѣтелей* заключенной сдѣлки, которые въ то же время были *судьями* этой сдѣлки, подкрѣпляетъ ссылкою на ст. 7 зачала 16 эклоги Льва и Константина, (Печ. кормчая, гл. 49), гдѣ сказано: „Аще распри междоу нѣкими бывающіи, и приключится смерть пріяти, да *разсоудятъ послуси*",—изъ чего будто бы явствуетъ, что свидѣтель факта вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшалъ и вопросы права. Но почтенный ученый въ данномъ случаѣ впалъ въ ошибку, ибо въ параллельной, вполнѣ тождественной статьѣ Прохирона (ст. 84, грани 39 Закона Градскаго), вмѣсто „да разсоудятъ *послуси*" стоитъ „да видятъ *судіи*". Удивительно ли послѣ этого, что и переписчикъ Закона Суднаго перемѣшалъ правоположенія о числѣ и качествѣ послуховъ—*судей* съ правилами о послухахъ—*свидѣтеляхъ* въ собственномъ смыслѣ.

Но, независимо отъ указанной путанницы, разбираемая статья въ высшей степени обезображена всякаго рода описками, повтореніями и въ особенности хаотическимъ безпорядкомъ въ размѣщеніи отдѣльныхъ словъ и фразъ.

Посредствомъ же сличенія и согласованія варіантовъ, извлеченныхъ изъ разныхъ списковъ памятника и указанныхъ въ изданіи Дубенскаго и книгѣ Н. С. Суворова [1]), а вмѣстѣ съ тѣмъ путемъ болѣе сообразнаго съ смысломъ и ходомъ рѣчи расположенія словъ и предложеній можно возстановить подлинный текстъ нашей статьи и обнаружить ея дѣйствительный источникъ—*моисеево-талмудическое право*, какъ оно воспроизведено въ Кодексѣ Маймонида и сводѣ Іосифа Каро „*Хошенъ—Мишпатъ*".

Вотъ, по моему, первоначальное чтеніе статьи [2]).

1) *Законъ Судный*. [На всякой при] [не] надо... судіи [всими сими] (чит.: *своимъ вымысломъ*) и безъ послухъ осу-

---

[1]) См. варіанты въ Рус. Достопамятностяхъ, ч. II, на стр. 151—153, а также на стр. 175—176 въ статьѣ „о судіяхъ", и въ книгѣ Н. С. Суворова—„Слѣды" и проч., на стр. 55—58.

[2]) Слова и выраженія, которыя перенесены мною въ какое-либо данное мѣсто изъ другихъ мѣстъ настоящей статьи, означены мною прямыми скобками, а слова, выпущенныя въ данномъ мѣстѣ для переноса ихъ въ другія мѣста—многоточіемъ

жати (вар.: обиновати) никого же, [но] (изъ Румянц. Кормчей) достоитъ имъ послухы испытати [съ велицѣмъ терпѣниемъ] [седмію] испытаніи (вар. истязаніи): [когда (чит. *къгде*), *въ кое время*?] [1]).

Моис.-талмуд. право: „Судъ не долженъ обвинять никого по однимъ лишь разсудочнымъ предположеніямъ, но только на основаніи ясныхъ доводовъ, представляемыхъ показаніями свидѣтелей“ [2]).

„Положительная заповѣдь (предписываетъ) *обслѣдовать* свидѣтелей, *испытывать* и какъ можно больше *разспрашивать* ихъ:..., ибо сказано (Второз. 13. 15): „ты разыщи изслѣдуй и распроси хорошо“.... Число главныхъ вопросныхъ пунктовъ *семь*: въ которой седмицѣ (юбилея), въ какомъ году и мѣсяцѣ, какого числа и дня, въ которомъ часу, въ какомъ мѣстѣ? [3]).

2) *Зак. Суд*. „Власть же имати судіи, да обладаеть (облагаютъ) послухы или продажю, или ту же казнь“.

Моис.-талмуд. право. „Кто лжесвидѣтельствовалъ и лживость его показанія удостовѣрена свидѣтелями, тотъ подлежитъ тому же наказанію, которое онъ умыслилъ навлечь на своего ближняго: тому или иному виду смертной казни, либо ударамъ плетьми, либо денежному платежу“ [4]).

3) *Зак. Суд.*: „Аще ли обрящуться лжоущи (повторно: иже боудуть... обличени лжоуще), не достоить же *потомъ* въ едину прю тѣхъ послухъ примати“.

Моис.-талмуд. право: „Изобличенный въ лжесвидѣтельствѣ признается совершенно неспособнымъ къ свидѣтельствованію ни въ какомъ дѣлѣ: по мнѣнію законоучителя

---

[1]) Послѣднія слова взяты изъ стоящаго гораздо ниже словасочетанія: „аще *когда, въ кое время* обличаються лжуще“, гдѣ подчеркнутыя слова не имѣютъ никакого смысла.

[2]) Кодексъ Маймонида „О синедріонѣ“, гл. 20, § 1. Ср. мою статью: „Кирилло-Меѳод. вопросы“ въ Труд. Кіев. Дух. Академіи за 1891 г., кн. 8.

[3]) Тамъ же, раздѣлъ: „о свидѣт. показаніяхъ“, гл. I, § 4.

[4]) Тамъ же гл. 18, § 1. Яснѣе это положеніе выражено еще разъ въ Законѣ Судномъ въ особой статьѣ, озаглавленной: „о клеветѣ“: „Аще кто оклеветъ друга своего, да тепеться и да иметь, иже было оному прияти“ (Рус. Достоп., ч. 2, стр. 184).



Абаи заднимъ числомъ, т. е. съ момента *дачи* свидѣтелемъ ложнаго показанія, а по мнѣнію законоучителя *Равы*—отселѣ и впредь, т. е. на будущее время, *потомъ*, считая съ момента *изобличенія* ложности даннаго свидѣтелемъ показанія" [1]).

4) *Зак. Суд.*: „И творити [судъ] страха Божия ради и правды]".

Моис.—талм. право: „Постоянно да смотритъ на себя судья, какъ будто мечъ виситъ надъ его головою и пропасть зіяетъ подъ его ногами; да помыслитъ онъ кого судитъ, предъ Кѣмъ судитъ и Кѣмъ будетъ судимъ, если уклонится отъ стези правды...."

5) *Зак. Суд.*: [Достоитъ Князю] искати послухъ (т. е. судей ἀκροαταί) истинныхъ, боящихся Бога и нарочитыхъ, не имоущихъ вражды никоеяже, ни лукавьства, ни мерзости, ни тяжи, ни при, на него же глаголеть (вар.: на кого же глаголють, т. е. кто пользуется дурною репутаціею) [ни преступающе законъ Божии, или житье скотьское имоуще, или же о себѣ не бдими]: [Единого] [сего рока] [чит.: *порока*] (имоуща] но прю [или присягу] отимутся [2]).

Моис.-талм. право. „Члены (мѣстныхъ) судилищъ, состоящихъ изъ трехъ лицъ, должны удовлетворять слѣдующимъ семи условіямъ: они должны обладать ученостью, кротостью, богобоязливостію, презрѣніемъ къ „мамону", любовью къ истинѣ и пользоваться расположенностью къ нимъ общества и добрымъ именемъ". Далѣе, на основаніи словъ Пятокнижія (Исх. 18. 21, Второв. 1. 13), объясняется, между прочимъ, подробнѣе, что судьи должны быть мужами мудрыми, разумными и извѣстными (Ср. выраженіе Закона Суднаго: „нарочитыхъ") и доблестными, т. е. мужественными въ исполненіи своихъ обязанностей и строго *наблюдающими сами за собою*, дабы въ ихъ поступкахъ не было

---

[1]) Талмудъ, тракт. Баба Кама, л. 72—б.

[2]) Слово: „Единого" взято изъ стоящаго выше сочетанія: „отъ единого до .ӥі.", а слова̀ „сего рока" читаются въ Румянц. № 230 и Строевскомъ спискахъ: „единъ—надесяте, а лишь *сего рока*"; „отъ единого до .ӥі., а лише не ниже сего рока". Ср. Н. С. Суворова „Слѣды", стр. 57.

ничего предосудительнаго и непристойнаго и чтобы они не давали никакого повода къ дурной о нихъ молвѣ (Ср.: „на кого же глаголють“, „или иже о себѣ не бдимы“) [1]....

„Верховный судъ разсылалъ своихъ уполномоченныхъ разыскивать по всей странѣ лицъ, обладающихъ вышеозначенными качествами и таковыхъ назначалъ „мѣстными судьями“ [2]) (Ср.: „достоитъ князю *искати* послухъ истинныхъ“ и т. д.).

„Есть десять видовъ неспособности и у кого обнаруживается хотя бы только одинъ изъ нихъ, тотъ устраняется отъ *свидѣтельствованія*, а именно:.... 7) *нечестивцы*, подъ которыми, въ тѣсномъ смыслѣ, разумѣются евреи, виновные въ нарушеніи важнѣйшихъ и общеизвѣстныхъ религіозныхъ узаконеній, и люди, нравственно испорченные: воры, грабители, ростовщики, игроки и пр., и 8) *презрѣнные*, потерявшіе всякій стыдъ и чувство приличія..., такъ какъ подобные люди—все равно, что собаки и не воздерживаются отъ дачи ложныхъ показаній [3]) (Ср.: „Единого отъ сего порока имоуще на прю или присягу отимутся“; преступающе законъ Божжии, или житье скотьское имоуще“).

„Запрещается судьѣ судить дѣло своего пріятеля, хотя бы послѣдній не былъ его закадычнымъ товарищемъ или задушевнымъ другомъ, а равно дѣло своего недруга, хотя бы послѣдній и не былъ ему отъявленнымъ врагомъ и зложелателемъ [4]). (Ср.: „не имоущихъ вражды ни коеяже“).

„Всякій неправоспособный къ свидѣтельствованію на судѣ, какъ нарушитель религіозныхъ законовъ, не допускается и къ судной присягѣ, (налагаемой судомъ на одного изъ тяжущихся въ подтвержденіе или опроверженіе иска)“ [5]) (Ср.: „на прю (или присягу) отимутся“).

6) *Зак. Суд.* „Число же послухъ (т. е. *судей*) да бываетъ въ великыя пря до. ı̃. (чит.: і и, т. е. 10 и) лише

---

[1]) Маймонидъ, тамъ, же § 7.
[2]) Тамъ же, § 8.
[3]) Кодексъ Маймонида: „о свид. показаніяхъ“, гл. 9 и сл.
[4]) Тамъ же: „о синедр.“ гл. 23, § 7.
[5]) Сводъ „Хошенъ—Мишпатъ“, гл. 92, §§ 1—3.



сего числа, въ малой при [вар.: въ меньшей при] . . . до трии послухъ и не ниже [вар.: менѣе] сего числа".

Моис.-тал. право. „Никакой судъ не можетъ состоять меньше, чѣмъ изъ трехъ членовъ".

„Но, хотя трехчленный судъ и считается полнымъ судомъ, однако, чѣмъ больше членовъ, тѣмъ похвальнѣе, почему и предпочтительнѣе, чтобы рѣшеніе постановлялось *одиннадцатію* членами, нежели *десятью*". (Правило это основано на одномъ мѣстѣ Талмуда, гдѣ говорится, что одинъ изъ законоучителей, когда приступалъ къ рѣшенію какого либо суднаго дѣла, созывалъ для участія въ рѣшеніи еще десять другихъ законоучителей) [1]).

Приведенныя параллели не оставляютъ, я думаю, ни малѣйшаго сомнѣнія, что, *во-1-хъ*, разобранная статья Закона Суднаго, дѣйствительно, заимствована цѣликомъ изъ Моисеева-талмудич. права, ибо иначе, какъ объяснить присутствіе въ ней тѣхъ же самыхъ словъ и оборотовъ, которые употреблены въ Талмудѣ и извлеченіяхъ изъ него?; *во-2-хъ*, что во всякомъ случаѣ, для того, чтобы текстъ статьи давалъ какой нибудь опредѣленный смыслъ, а не изображалъ собою одну лишь невразумительную плетеницу словъ, онъ долженъ быть приведенъ именно въ такой видъ, въ какомъ онъ представленъ мною, и въ 3-хъ, что сказанная статья, каковъ бы ни былъ ея источникъ и какъ бы ее не истолковали, не имѣетъ даже и отдаленной связи со статьею Русской Правды, трактующею будто бы объ „изводѣ" „предъ 12 человѣка", такъ какъ въ первой числовыя обозначенія 11 или 18 относятся, повторяю, не къ послухамъ—*свидѣтелямъ*, а къ послухамъ—*судьямъ*.

Перехожу теперь къ дальнѣйшимъ, по порядку, статьямъ Русской Правды Кар., содержащимъ въ себѣ правила о судебныхъ доказательствахъ.

8. О „купцѣ" и о „поклажѣ". (Ст. 45 и 46 Кар.).

Ст. 45. „Аже кто купецъ куплю (ошибка, вм. купцу) дасть въ коуплю куны или въ гостьбу, то купцу предъ по-

[1]) Тамъ же, гл. 3, §§ 1 и 3.

слухы кунъ не имати: послуси ему не надобѣ, но ити ему на роту, оже ся оучнеть запирати“.

Ст. 46. „А оже кто поклажеи кладеть оу кого любо, туто послоуха нѣть, оу кого тотъ товаръ лежить; но оже начнеть большимъ клепати, тому итти ротѣ, оу кого лежало: како толко еси оу мене положилъ, занеже ему благо дѣялъ и хранилъ.

Смыслъ первой изъ приведенныхъ статей тотъ, что въ сдѣлкахъ между лицами, занимающимися торговлею, истецъ, отыскивающій свои „куны“, не обязанъ представлять свидѣтелей, а можетъ подтвердить свой искъ только личною присягою. Правило это, столь рѣзко противорѣчащее проведенному въ Русской Правдѣ съ неуклонною послѣдовательностью основному началу, по которому истецъ допускается къ подкрѣпленію своихъ требованій личною присягою только въ томъ случаѣ, когда послѣднія подтверждены по крайней мѣрѣ однимъ свидѣтелемъ, можетъ быть объяснено развѣ лишь вліяніемъ моисеево-талмудическаго права.

Вотъ какъ выражается Мишна: „Всѣ присягающіе, о коихъ говорится *въ Законѣ* (Пятокнижіи), присягаютъ и *не платятъ*“. (Другими словами: Моисеевъ Законъ знаетъ только *присягу отвѣтчика*, присягу очистительную, освобождающую отъ платежа). „Но (по установленію *Мишны*) слѣдующіе присягаютъ и емлютъ . . . . . .: торговецъ (лавочникъ или мѣняла), на основаніи своей записной книжки или таблицы (*пинкасъ*—отъ греч. πιναξ). А именно: домохозяинъ говоритъ торговцу (который постоянно отпускаетъ ему въ кредитъ продукты или выдаетъ ему, или уплачиваетъ, по его порученіямъ, другимъ лицамъ, денежныя суммы): дай моимъ рабочимъ на одну *селу* (гривну) *маотъ* (монеты,—части высшей денежной единицы и въ общемъ смыслѣ—деньги,—точь въ точь, какъ русскія *куны*), затѣмъ торговецъ говоритъ: я далъ имъ, а рабочіе говорятъ: мы не получили, въ такомъ случаѣ и тотъ, и другіе *вмѣстѣ*, (т. е. первый непремѣнно въ присутствіи послѣднихъ) присягаютъ *и берутъ* (взыскиваютъ отъ домохозяина должную сумму)“ [1]).

[1]) Талмудъ вавил., трактакъ „Шебуотъ“, л. 44. Ср. Dr. L. Frankel: Der gerichtliche Beweis nach mos.-talm. Rechte, 1846, S. 307—8.



„Если же торговецъ говоритъ: ты мнѣ поручилъ дать такому-то *ману*—(крупную денежную единицу), а домохозяинъ возражаетъ: я не поручилъ тебѣ, то въ такомъ разѣ уже не торговецъ присягаетъ *и емлетъ*, а домохозяинъ—отвѣтчикъ присягаетъ *и свободенъ*" [1]).

Такимъ образомъ вся разница между приведенными талмудическими правоположеніями и нашею ст. 45 Русской Правды заключается въ томъ, что послѣдняя предоставляетъ купцу въ дѣлахъ торговыхъ подтверждать свой искъ присягою безусловно, даже не ссылаясь вовсе на купеческія книги и не смотря на то, что отвѣтчикъ всецѣло отвергаетъ самое основаніе иска („оже ся оучнеть запирати"). Но, если относительно близости разсмотрѣнной только-что статьи Русской Правды къ моисеево-талмудическому праву возможно еще сомнѣваться, то за то безспорнымъ, по моему, является талмудическое происхожденіе слѣдующей, 49-й, статьи нашего памятника. Основываясь на заключительныхъ словахъ этой послѣдней статьи: „занеже ему благо дѣялъ, или, какъ значится въ Чудновскомъ Первомъ и нѣкот. друг. спискахъ, въ *бологодѣть*, хоронилъ" [2]), проф. М. Ф. Вл.-Будановъ толкуетъ ее такъ: „Договоръ поклажи, замѣчаетъ онъ, который и по существу своему есть болѣе нравственная услуга, чѣмъ юридическая сдѣлка, также не требуетъ *совершенія* предъ послухами", почему, „въ случаѣ спора объ *исполненіи* этого договора, если давшій поклажу утверждаетъ, что далъ больше, принявшій поклажу можетъ очистить себя присягою личною" [3]). Объясненія этого нельзя назвать удачнымъ. Существуютъ различные взгляды на договоръ поклажи. Римское право считало его безмезднымъ, новыя же законодательства не признаютъ безмездность необходимою его принадлежностію [4]). Но сказать, что поклажа не столько юридическая сдѣлка, сколько нравственная услуга,—значитъ, по меньшей мѣрѣ, выражаться неопредѣленно и неясно, ибо

---

[1]) Кодексъ Маймонида: „О заимодавцѣ и должникѣ", гл. 16, § 6.

[2]) См. Калачова: „Предв. юрид. свѣд.", 1880 г., стр. 151, вын. t и u.

[3]) Христоматія, вып. 1, изд. 5, стр. 53, прим. 73—74.

[4]) См. Проектъ Гражд. Уложенія, кн. V, т. II, стр. 220.

по прежнему остается непонятнымъ, почему же все-таки для доказательства совершенія этой сдѣлки, а тѣмъ болѣе исполненія ея, не требуется представленія свидѣтелей, а достаточна присяга личная. Вѣдь дареніе уже навѣрно „нравственная услуга" и однакожъ ни римское, ни новыя законодательства не опредѣляютъ для споровъ, возникающихъ изъ этой сдѣлки, болѣе льготныхъ, такъ сказать, способовъ доказыванія, сравнительно съ доказательствами, требуемыми въ спорахъ по другимъ правоотношеніямъ. Между тѣмъ для правильнаго пониманія нашей статьи необходимо сперва установить точный смыслъ заключительной оговорки, „занеже въ бологодѣть хоронилъ". Слово „зане" или „занеже" въ Р. Правдѣ употребляется почти всюду въ значеніи не *ибо*, *потому*, а *если*, *когда* [1]). Реченіе же „бологодѣть" значитъ *даръ* [2]). Такимъ образомъ сказанная оговорка означаетъ: *если* (отвѣтчикъ) хранилъ предметъ поклажи *въ даръ*, *даромъ*, если онъ былъ безмезднымъ хранителемъ,—что само собою предполагаетъ возможность случаевъ отдачи имущества на храненіе за плату.

Засимъ сопоставимъ нашу статью съ подлежащими правилами моисеево-талмудическаго права. „Различаются, говоритъ Мишна, четыре хранителя: хранитель даровой, ссудоприниматель, хранитель платный и наниматель. Даровой хранитель присягаетъ во всѣхъ случаяхъ (и освобождается отъ возмѣщенія вреда); ссудоприниматель платитъ во всѣхъ случаяхъ; хранитель возмездный и наниматель даютъ очистительную присягу въ случаяхъ поврежденія, увода и падежа (животнаго) и платятъ за утерянное и украденное" [3]). Подробнѣе, касательно хранителя дарового, постановленія Мишны разъяснены въ талмудическомъ правѣ такъ: „Если кто отдаетъ своему ближнему (имущество) на сохраненіе безмездно и имущество будетъ украдено или утеряно, а тѣмъ болѣе, когда его поврежденіе или гибель послѣдуетъ отъ важнѣй-

[1]) Ср. ст. 4, 33 и 44 Кар.
[2]) См. И. И. Срезневскаго, „Матер. для словаря" подъ этимъ словомъ.
[3]) Талмудъ, трактатъ Баба Меціа.

шихъ еще случайныхъ событій и непреодолимой силы, то поклажеприниматель даетъ установленную въ Пятокнижіи (Исходъ, гл. 22, ст. 6—7, 9—11) присягу и свободенъ отъ отвѣтственности" [1]. ....,,Если же поклажедатель потребовалъ возврата предмета поклажи и, получивъ его, говоритъ: эта не моя вещь, а другая, или она была цѣла, а ты ее повредилъ, она была новая, а ты употреблялъ ее, или я тебѣ отдалъ на сохраненіе 100 мѣръ хлѣбнаго зерна, а ихъ оказывается только 50, а поклажеприниматель возражаетъ: вотъ эту вещь ты самъ отдалъ на храненіе, а теперь получилъ ее обратно, то онъ, поклажеприниматель, даетъ установленную *талмудистами присягу совмѣстную*, наравнѣ съ отвѣтчиками по прочимъ исковымъ дѣламъ, а не ,,присягу хранителей", установленную Пятокнижіемъ, которая дается лишь въ томъ случаѣ, когда, относительно самого предмета поклажи между сторонами не происходитъ никакого спора, а лишь поклажеприниматель утверждаетъ, что таковой украденъ или погибъ, или уведенъ" [2].

Сличая эти талмудическія постановленія со ст. 46 Рус. Правды, нельзя не замѣтить, что послѣдняя предусматриваетъ не случай заявленія хранителя безплатнаго, что отданная ему вещь украдена или утеряна, либо повреждена или погибла отъ дѣйствія непреодолимой силы, для каковаго собственно случая и установлена въ Пятокнижіи спеціальная присяга—,,хранительская", а лишь тотъ случай, когда хранитель опровергаетъ споръ поклажедателя, заявляющаго, что ему возвращена поклажа не въ томъ объемѣ, или не въ томъ видѣ, въ какомъ она была отдана (,,оже начнеть болшимъ клепати, тому итти ротѣ, оу кого лежало: *како толко еси у мене положилъ*"),—вслѣдствіе чего заключительная оговорка: ,,если онъ былъ *безмезднымъ* хранителемъ", какъ совершенно излишняя, могла бы быть вовсе опущена изъ текста нашей статьи, какъ это дѣйствительно, и сдѣлано въ двухъ спискахъ (кн. Оболенскаго и Толстовскомъ IV),

---

[1]) Кодексъ Маймонида: „О судѣ и поклажѣ", гл. 4, §§ 1 и 2.

[2]) Тамъ же, гл. 6, § 5.

ибо при *такомъ* свойствѣ возраженія не только хранителю безмездному, но и платному, а равно всякому, вообще, отвѣтчику по иску предоставлено (по еврейскому праву) очистить себя отъ „поклепа" истца болѣе легкою присягою.

Въ заключеніе укажу на то, что подлежащее мѣсто Моисеева Пятокнижія, касательно поклажи, воспроизведено и въ кн. 45 Печ. Кормчей (гл. 12 и 13), и въ помѣщенной въ харатейномъ сборникѣ, изданномъ Дубенскимъ, вслѣдъ за Закономъ Суднымъ, выпискѣ изъ Исхода [1]), составляющей, по замѣчанію издателя, послѣднюю статью Божіей Правды (или Суда Святительскаго), въ составъ коей входитъ и Русская Правда. Это обстоятельство въ связи съ выводомъ почтеннаго академика Ключевскаго [2]), что Р. Правда имѣла назначеніе быть судебникомъ для суда надъ церковными людьми по нецерковнымъ дѣламъ, говоритъ за пріемлемость мысли, что статья о поклажѣ („о покладѣ") выработана въ практикѣ церковнаго суда подъ воздѣйствіемъ моисеева права, истолкованнаго и развитаго еврейскимъ традиціоннымъ ученіемъ, котораго всякій изучающій Ветхій Завѣтъ не можетъ не принимать въ соображеніе. [3]).

9. О взысканіи долга по обязательствамъ, совершеннымъ безъ свидѣтелей. (2-ая часть ст. 48 Кар.).

....„Послуховъ ли не боудеть, а боудеть коунъ 3 гривны (въ одномъ спискѣ, повидимому, правильнѣе: 10 гривенъ), то ити ему про свои коуны ротѣ; боудуть же коуны боле, то речи емоу тако: провиновался еси, оже еси послоуха (во многихъ сп.: послуховъ) не ставилъ" [4]).

---

[1]) Рус. Достопамятности, ч. II, стр. 235, 236.

[2]) „Курсъ русской исторіи", I, 1904 г., стр. 264.

[3]) На происходившей въ 1903 г. въ Моск. Духов. Академіи защитѣ магистр. диссертаціи: „Пророкъ Малахія" неоффиц. оппонентъ поставилъ автору на видъ, что онъ недостаточно изучилъ текста талмудическаго и мидрашическаго. Диспутантъ возразилъ, что онъ всегда пользовался Талмудомъ и Мидрашомъ, которые изучалъ, если не для критики библейскаго текста, то для комментированія его. См. Богослов. Вѣстникъ за 1903 г., Сент., стр. 121.

[4]) См. Калачова: Предв. Юрид. свѣдѣнія о Рус. Правдѣ, 1880 г., стр. 139.



Эта вторая часть ст. 48 Кар., надписанной „о мѣсячномъ рѣзу", нисколько не вяжется съ первою ея частью, трактующею о томъ, что при долгосрочности займа „мѣсячные" проценты не взыскиваются. Надлежащее же ея мѣсто вслѣдъ за ст. 14 Акад., которая, какъ изложено мною выше, гласитъ, что, для взысканія долга съ кого-либо, требуется представленіе двухъ или трехъ свидѣтелей. Къ этому-то общему правилу и относится приведенное добавленіе, что, когда истецъ не представляетъ свидѣтелей, то онъ можетъ подтвердить свое требованіе личною присягою, если оно не превышаетъ *10 гривенъ*, иначе искъ вовсе теряется. Это послѣднее постановленіе аналогично съ правиломъ, изображеннымъ въ арт. 26 раздѣла VII Лит. Статута, что, за неимѣніемъ письменныхъ актовъ, замѣною которыхъ служитъ въ Р. Правдѣ указанное въ Моисеевомъ Пятокнижіи число свидѣтелей, долгъ по займу можетъ быть удостовѣренъ на сумму не свыше *10-и копъ грошей* присягою истца, при чемъ изъ текста не видно, является ли присяга въ данномъ случаѣ доказательствомъ самостоятельнымъ, или же добавочнымъ къ подразумѣваемому доказательству чрезъ свидѣтелей [1]).

Означенная параллель на первый взглядъ подтверждаетъ положеніе, нашедшее себѣ въ историко-юридической литературѣ выдающагося защитника въ лицѣ проф. Ѳ. И. Леонтовича, о тѣсной и неразрывной связи Русской Правды съ Литовскимъ Статутомъ и о полезности, поэтому, искать въ послѣднемъ объясненіе первой. Въ дѣйствительности же въ данномъ случаѣ изъ сходства обсуждаемой нормы въ обоихъ названныхъ правовыхъ памятникахъ нельзя еще вывести положительнаго заключенія, что она заимствована Лит. Статутомъ именно изъ Р. Правды, ибо, если бы дѣло обстояло такъ, то она была бы уже перенесена въ Статутъ первой редакціи (1529 г.), а между тѣмъ она тамъ отсутствуетъ,

[1]) Въ ст. 2032 Т. X., ч. I, постановленіе Лит. Статута воспроизведено въ нѣсколько измѣненномъ видѣ: по смыслу ея, разъясненному Гражд. Кассац. Деп. Сената, въ губ. Черниг. и Полт. существованіе долга не свыше 12-и руб., равняющихся 10 копамъ грошей, можетъ быть доказываемо свидѣтелями; о личной же присягѣ здѣсь нѣтъ болѣе и рѣчи.

появляясь впервые лишь въ Статутѣ 3-й редакціи—1588 г. Это наводитъ на мысль, что и Правда, и Статутъ, независимо одна отъ другого, почерпнули трактуемое правило изъ чужеземнаго, западно-европейскаго законодательства. Основаніе къ такому выводу можетъ служить то соображеніе, что сходное правило о недопустимости доказыванія свидѣтелями, за отсутствіемъ письменныхъ документовъ, долга на сумму свыше 100 ливровъ установлено еще въ старомъ французскомъ правѣ статьею 54 Ordonance de Moulins 1566 г., перешедшею въ арт. 2 титула 20 ордонанса 1667 г. и оттуда въ ст. 1341. Code civil, въ которой, впрочемъ, вмѣсто 100 лив., опредѣлена сумма въ 150 франковъ [1]). Но, по всей вѣроятности, и Ordon de Moulins, въ свою очередь, перенялъ сказанную норму изъ источника, восходящаго къ болѣе раннему еще времени.

10. Еще разъ о судѣ Божіемъ посредствомъ испытанія желѣзомъ.

(Ст. 100, въ связи съ ст. 99 Русской Правды, по сп. Кар.).

Ст. 100: а) „А желѣзного платити 40 кунъ, а мечникоу 5 кунъ, а полъгривны дѣтьскому: то ти желѣзные оуроки, кто си въ чемь поемлеть.

б) А еже емлеть на желѣзо на свободныхъ людеи рѣчи, любо ли запа нань будеть, (ли запна не будеть), любо прохоженіе нощное, или кимъ (кіимъ) любо образомъ оже не ожьжется (отждfestиться), то про то мукы не платити ему, нъ (но) едино желѣзное, кто и будеть ялъ“ [2]).

Съ перваго же взгляда на эту статью видно, что она состоитъ изъ двухъ частей, составляющихъ отдѣльныя статьи, обозначенныя мною лит. *а* и *б*. Первая часть вызываетъ нѣкоторыя недоумѣнія. *Во 1-хъ*, представляется страннымъ, что здѣсь не опредѣлено вовсе, кому собственно уплачивается

---

[1]) См. Maleville: „Analyse raissonnee de la discussion du C. civ.“. т. III, 1807 г. стр. 164.

[2]) См. Калачова: Предв. юрид. свѣд. для полнаго объясненія Р. Правды, изд. 2-е, стр. 227—228. Христоматія по ист. рус. права проф. Владимірскаго-Буданова, вып. I, изд. 5-е, стр. 69—170.



пошлина—„желѣзное“—въ 40 кунъ? Ланге [1]) полагаетъ, что платится вирнику; проф. же М. Ф. Владимірскій-Будановъ—князю. Но все это однѣ лишь догадки. *Во 2-хъ*, непонятно и то, что „мечнику“ (судебному должностному лицу) назначена пошлина въ 5 кунъ, а его подручнику—„дѣтьскому“—25 (полъгривны). Оказывается, слѣдовательно, что подчиненный получаетъ доходы въ 5 разъ больше, нежели его начальникъ—что трудно допустить. Но эти затрудненія устранятся сами собою, если изъ разсматриваемой 1-й части статьи 100-й исключить слова: „а полъ гривне“ и „кто си въ чемъ поемлетъ“ и передвинуть ихъ во вторую часть той же статьи (подъ лит. *б*), гдѣ имъ стоять и подобаетъ, какъ это и обнаружится ниже.

Такимъ образомъ первая часть нашей статьи должна быть изложена коротко и ясно такъ: „А желѣзного платити 40 кунъ мечнику, а 5 кунъ дѣтьскому: то ти желѣзные уроки“,—по каковому чтенію мечникъ, какъ иначе и быть не можетъ, получаетъ пошлину уже гораздо больше, нежели дѣтьскій—въ 8 разъ.

Вторая же часть статьи говоритъ о самомъ „желѣзѣ“, какъ о процессуальномъ дѣйствіи, совершавшемся сторонами подъ наблюденіемъ мечника и дѣтскаго. Въ чемъ заключалось это дѣйствіе? Изслѣдователи, ничто же сумняся, единогласно утверждаютъ, что рѣчь идетъ здѣсь о судѣ Божіемъ посредствомъ раскаленнаго желѣза. Они только далеко расходятся въ объясненіи, употребленнаго въ нашей статьѣ загадачнаго выраженія „запа нань“, которое въ болѣе позднихъ спискахъ читается слитно: „запананъ“, или „запона въ немъ“. Такъ, проф. *Станиславскій* читалъ „запананъ будетъ“ и переводилъ: схваченъ на мѣстѣ преступленія,—отъ малороссійскаго *запыньти* задержать. *Дубенскій* производилъ „запъ“ отъ *палить* и переводилъ: запалъ, ожогъ. *Погодинъ* же, напротивъ того, производилъ это слово, вслѣдъ за *Тобиномъ*, отъ sapo, savon, scepe, seife и принялъ его за означеніе какого то мыльнаго состава, предохраняющаго отъ

[1]) „Изслѣд. объ уголов. правѣ Р. Правды, стр. 263.

обжоговъ, усматривая, притомъ, въ этимологіи этого слова подтвержденіе своей излюбленной теоріи о норманскомъ происхожденіи древне-римскихъ законовъ. *Карамзинъ* же и *Эверсъ* объясняли „запъ" *чаяніе, подозрѣніе* (spes) [1]). Этого послѣдняго толкованія, принятаго филологами (Востоковымъ, Лавровскимъ и Срезневскимъ), придерживается и проф. Владимірскій-Будановъ, который затѣмъ передаетъ смыслъ разбираемаго мѣста такъ:

„Обвинитель, начинающій поклепъ по рѣчамъ свободныхъ людей, или по обстоятельствамъ, наводящимъ подозрѣніе („запъ нань будеть"), или, если видѣли обвиняемаго, проходящимъ ночью около мѣста, гдѣ совершено преступленіе („нощное прохоженіе"),—*если подвергалъ обвиняемаго испытанію* (желѣзомъ), не платилъ ему за муку, а уплачивалъ только судебныя издержки—„желѣзное".

Но, не говоря о произвольности этого толкованія вообще, нельзя не замѣтить, въ особенности, что, *во-1-хъ*, если сочетаніе: „или запъ нань будеть" перевести: *если будутъ обстоятельства, наводящія на подозрѣніе*,—то совершенно излишнею является дальнѣйшая фраза: „или ночное прохоженіе", означающее будто бы: „если видѣли обвиненнаго проходящимъ ночью около мѣста преступленія", ибо это вѣдь также только обстоятельство, наводящее на подозрѣніе, и что, *во 2-хъ*, сказанное толкованіе оставляетъ безъ всякаго вниманія предложеніе: „кимъ любо образомъ оже не ожжется", смыслъ котораго такъ и остается невыясненнымъ.

Между тѣмъ стоитъ только слово „запъ" дополнить пропущеннымъ писцомъ слогомъ *ку*, а въ другомъ мѣстѣ замѣнить союзъ *а* предлогомъ *до* и затѣмъ, какъ въ статьѣ 100, такъ отчасти и въ предшествующей ей и съ нею тѣсно связанной ст. 99 Русской Правды произвести надлежащую перестановку словъ и предложеній, и тогда обѣ статьи явятся изложенными вполнѣ толково и стройно и выражающими со-

---

[1]) Ср. изслѣд. о Рус. Правдѣ проф. Мрочекъ-Дроздовскаго, вып. II, стр. 165, подъ словомъ *запа*. Христоматія Владимірскаго-Буданова, вып. I, изд. 5-е, стр. 70, прим. 128.



вершенно ясную и отчетливую мысль, отличную, притомъ, отъ смысла, вымученнаго изъ нихъ изслѣдователями посредствомъ разныхъ филологическихъ пытокъ.

Вотъ, по моему, правильное чтеніе обѣихъ статей по списку Карамзинскому съ принятіемъ въ соображеніе и варіантовъ по списку Пушкинскому, напечатанному Дубенскимъ во 2-ой ч. Русскихъ Достопамятностей (стр. 62—63).

Ст. 99: „А тѣ тяжи вси соудять съ послухы съ свободными; будеть ли послухъ холопъ, то на правду холопоу не вылазити; но оже хощеть истецъ или иметь нарекати тако: по сего речи азъ емлю тя (. . .) и емлеть на желѣзо, оже обинить ѝ, тои емлеть на немъ свое; не обинитъ ли его, а платити ему за моуку гривна, зане по холопьи рѣчи ялъ ѝ".

Ст. 100. „А кто си въ чемъ емлеть *а* (чит: *до*) *полъгривны* [1]) по свободныхъ людей рѣчи, любо ли запа (чит.: *закупъ*) нань будеть, *а не холопъ* (послѣднія слова взяты изъ предъидущей, 99-й статьи), ли запна не будетъ (этой фразы въ Пушк. сп. вовсе нѣтъ), или нощное прохоженіе образомъ, *а еже емлеть на желѣзо, любо кимъ* (чит.: кіемъ), то, оже не ожжется, то про то мукы не платити ему (чит.: тому), *кто и будеть ялъ*, но едино желѣзное".

„А желѣзного платити 40 кунъ мечнику, а 5 кунъ (...) дѣтьскому: то ти желѣзные оурокы"...

Предварительно изложенія полнаго перевода этихъ статей на современный русскій языкъ, представлю объясненіе употребленныхъ въ нихъ словъ и оборотовъ.

И такъ.

1) Глаголъ *имати*, *иматися*, въ числѣ прочихъ своихъ знаменованій, значитъ: отыскивать, взыскивать, предъявлять требованіе, притязаніе,—какъ это видно изъ ст. 13-й Псков. Суд. Грамоты: „А кто оу кого иметь землю *отимати* (отыскивать) выкупкомъ" и пр., или изъ ст. 55-й той же Грамоты: „А оу кого *поимаются* за отморщину (къ кому предъ-

---

[1]) Слова: „до полъгривны" взяты изъ первой части ст. 100-й.

явлено будетъ притязаніе на вещь, двставшуюся по наслѣдству) и пр. [1]).

2) „*Запъ*". Въ подтвержденіе правильности моей коньектуры, что это слово написано ошибочно, вмѣсто: „закупъ", укажу, въ видѣ примѣра, на одинаковую ошибку, встрѣчающуюся въ одной данной 1492 г., гдѣ въ подлинникѣ въ двухъ мѣстахъ написано: „а роду на *вык* не дати", вмѣсто: на *выкупъ* [2]),—каковая ошибка объясняется просто тѣмъ, что писецъ думалъ было слогъ *ку* написать надъ строкою, но, очевидно, забылъ это сдѣлать. Да и по существу, разъ въ нашей статьѣ рѣчь идетъ о послушествѣ свободныхъ людей и холоповъ, нельзя было не упомянуть также о закупахъ, занимающихъ въ юридическомъ отношеніи какъ бы средину между тѣми и другими и потому допускаемыхъ къ послушеству только въ крайнихъ случаяхъ,—какъ это постановлено въ ст. 77 Р. Правды Кар.: „А послушество на холопа на въскладаютъ.... А въ малой тяжѣ, по ноужѣ, сложити *на закупа*".

3) „*Прохож(д)еніе нощное образомъ*". Переписчикъ затемнилъ эту фразу, поставивъ предъ „образомъ" слова: „или кимъ любо". Между тѣмъ оборотъ: „хожденіе образомъ", или „образное хожденіе" имѣетъ опредѣленный техническій смыслъ, означая судебное доказательство, примѣнявшееся особенно въ спорахъ о землѣ и о межахъ при неимѣніи надлежащихъ письменныхъ актовъ и состоявшее въ обхожденіи спорной земли или спорныхъ межъ съ крестомъ и св. иконою, въ присутствіи свидѣтелей—старожильцевъ, при чемъ стороны подтверждали свои исковыя требованія или возраженія присягою. Этотъ способъ доказательства, удержавшійся еще въ Соборномъ Уложеніи 1649 г. (гл. X, ст. 237 и гл. XVII, ст. 52), несомнѣнно заимствованъ изъ Византіи, какъ объ этомъ, между прочимъ, можно судить изъ описанія его,

---

[1]) Христоматія Владимірскаго-Буданова. I, изд. 5-е, стр. 152 и 169.

[2]) „Грамоты XIV и XV вв.", изслѣдованіе Д. М. Мейчика, 1883 г., стр. 125.



содержащагося въ одномъ византійскомъ документѣ XI в., извлеченномъ, въ числѣ другихъ, изъ архива монастыря св. Іоанна Богослова на островѣ Патмосѣ.

Когда, говорится въ этомъ документѣ, возникъ споръ между монастыремъ св. Пантелеймона и монастыремъ св. Никона, было постановлено, чтобы игуменъ перваго монастыря, Митрофанъ, завѣрилъ присягою, что оспариваемое поле принадлежитъ обители св. Пантелеймона: „И было страшно видѣть, то, что произошло, а именно, мужъ глубочайшей старости, помянутой обители каѳигуменъ, благочестивѣйшій монахъ, г-нъ Митрофанъ, держа при персяхъ св. Евангеліе и два другіе старца, также почтенные сѣдиною и добродѣтелью, изъ коихъ одинъ держалъ на плечахъ честный крестъ, а другой пречистую и божественную икону, размежевывали мѣсто. У всѣхъ насъ стали дыбомъ волосы, когда мы это увидѣли. Однакоже съ такою страшною клятвою все это мѣсто было размежевано“ [1]).

Но, что значитъ *нощное* прохожденіе образомъ? Этого я, по крайней мѣрѣ, объяснить не могу, и остается развѣ только предположить, что на Руси кресто=и образопрохожденіе, какъ судебное доказательство, совершалось въ древности въ ночное время, быть можетъ, для вящшаго внушенія страха.

4) „*Кимъ*“ или „*кыимъ*“. Слово это, если только поставить его непосредственно вслѣдъ за выраженіемъ: „емлеть на желѣзо любо“—не нуждается въ комментаріяхъ, такъ какъ для всякаго ясно, что предъ нами не мѣстоимѣніе *кыи*, а имя существительное *кій*—палица, дубина, и что, слѣдовательно, рѣчь идетъ здѣсь о *судебномъ боѣ*, поединкѣ, который происходилъ на мечахъ или кіяхъ („любо мьчемъ, а любо дѣревьмъ“, по выраженію ст. 16 договора Смоленскаго князя Мстислава Давидовича съ Ригою 1229 г.), и который у Чеховъ назывался прямо „кіемъ“—duellum, quod in vulgari dicitur *kiy* [2]).

[1]) См. въ „Византійскомъ Временникѣ“ т. VII, ч. 1—2, статью: „Патмоская писцовая книга“.

[2]) См. „Сравненіе законовъ Степана Душана Сербскаго съ древнѣйшими земскими постановленіями Чеховъ“. Франца Палацкаго. М. 1846 г., стр. 25, прим. 34-е.



5) „*Оже не ожжется*". Фразу эту толкователи Русской Правды понимаютъ въ смыслѣ: *если обвиняемый не* получитъ ожоговъ. Въ дѣйствительности же она означаетъ: если обвинитель-истецъ *не оттяжется* не утяжетъ, т. е. не преодолѣетъ своего противника, какъ это ясно и выражено въ ст. 37-й Псков. Суд. Грамоты: „а которому человѣку поле будетъ съ суда, а ставъ на полѣ истецъ *поможетъ* своего истца", или: „ожъ истецъ чего не *возможетъ*".

Что таково именно значеніе глагола „ожжется"—доказывается тѣмъ, что приведенному въ Поученіи Владиміра Мономаха библейскому стиху (Исаіи I, 18): „придѣте, да *сожжемъся*" [1]) соотвѣтствуетъ въ славянской Библіи выраженіе: „пріидите, и *истяжимся*" (переводъ Лютера: lasst uns mit einander *rechten)*.

6) „*Моука*". Значеніе этого слова вполнѣ выясняется сопоставленіемъ ст. 100-й, съ одной стороны, со статьями 89 и 90 Рус. Правды Кар., а съ другой—со статьею 4-ю мирной грамоты Новогорода съ нѣмцами 1195 г. и несомнѣннымъ источникомъ этой послѣдней статьи главою XVII изданной проф. Гауппомъ Lex Francorum Chamavorum, 813 г.,— гласящими:

„Аще *мучитъ* смердъ *смерда* безъ княжа слова, то 3 гривны *продажи*, а за *моуку*—гривна кунъ".

„Аще *огнищанина моучитъ*, то 12 гривенъ *продажи*, а за моуку гривна коунъ".

„А оже моужа *свяжутъ безъ вины*, то 12 гривенъ за *соромъ*".

„Qui hominem Francum *sine culpa ligaverit* (по другому списку *plagaverit)* solidos duodecim camponat, et in fredo dominico solidos tres (quatuor)" [2]).

Изъ сличенія всѣхъ этихъ статей явствуетъ, что подъ *мученіемъ* въ Р. Правдѣ разумѣется не испытаніе желѣзомъ, какъ единодушно полагаютъ изслѣдователи, а нанесеніе тяж-

---

[1]) Лѣтопись по Лавр. сп., изд. 1872 г., стр. 235.

[2]) Христ. Вл.-Буд. I, изд. 5-е, стр. 67 и 109: Lex Francorum Chamavorum, heraus gegeben und erläutert von D-r. E. Th. Gaupp., 1855, § 31, 77.



кихъ побоевъ и всякое вообще самоуправное, насильственное дѣйствіе, и что виновный въ такомъ правонарушеніи долженъ уплатить „продажу" (отъ *fredus)*, различную, смотря по сословному положенію потерпѣвшаго, т. е. былъ ли онъ *мужемъ* (homo Francus) либо *княжимъ мужемъ* (homo regius), либо *огнищаниномъ* (ingenuus), либо *людиномъ* (lidus), либо *смердомъ* (servus) и, сверхъ того, единообразное частное вознагражденіе (compositio, Busse) за *муку*, боль, либо соромъ въ размѣрѣ одной гривны [1]).

Послѣ всѣхъ этихъ разъясненій мы можемъ уже представить цѣльный переводъ трактуемыхъ статей Р. Правды.

Ст. 99. „А всѣ эти тяжбы рѣшаются по свидѣтельскимъ показаніямъ свободныхъ людей; если же будетъ свидѣтель холопъ, то онъ не можетъ быть допущенъ къ присягѣ, но истецъ, если пожелаетъ на основаніи показаній холопа, предъявить обвиненіе или искъ и потребуетъ судебнаго поединка, то, въ случаѣ, если онъ одержитъ верхъ надъ своимъ противникомъ, его искъ удовлетворяется, а если онъ не побѣдитъ, то платитъ отвѣтчику за причиненіе боли отъ ударовъ пеню въ размѣрѣ одной гривны за то, что онъ предъявилъ искъ, основываясь только на показаніяхъ холопа.

Ст. 100. А, если кто предъявляетъ исковое требованіе на сумму *до полугривны* (подразумѣвается: золотомъ), ссылаясь на показанія свободныхъ людей, или же *закупа*, лишь бы только не холопа, или на *ночное прохожденіе съ св. иконою*, и если онъ потребуетъ судебнаго поединка *на мечахъ или дубинахъ*, то и въ случаѣ, если онъ, истецъ, не превозможетъ своего отвѣтчика, онъ платитъ не вышеозначенную пеню, а только „желѣзное".

„Желѣзное" же уплачивается: въ количествѣ 40 кунъ — мечнику и 5 кунъ дѣтскому. Такова пошлина, установленная съ судебныхъ поединковъ.

---

[1]) По Lex Francorum Chamovorum, напротивъ того, по различію состоянія и общественнаго положенія убитаго или потерпѣвшаго, опредѣлялся различно размѣръ не частнаго вознагражденія (compositio), а виры и продажи въ пользу фиска (pro или in fredo dominico); количество же частнаго вознагражденія опредѣлялось: въ случаяхъ убійства въ размѣрѣ $^1/_3$, а въ прочихъ случаяхъ — $^1/_4$ суммы виры или продажи. См. Gaupp,, l. c., p. 77.



Приведенною статьею заканчивается серія статей, имѣющихъ своимъ предметомъ правила о судебныхъ доказательствахъ.

На основаніи всего изложеннаго можно установить слѣдующія основныя положенія:

1. Главнѣйшимъ и достовѣрнѣйшимъ средствомъ доказательства въ процессѣ, какъ уголовномъ, такъ и гражданскомъ, признаются, по Русской Правдѣ, кромѣ матеріальныхъ признаковъ событія—,,лица",—*показанія свидѣтелей*, называемыхъ *безразлично* послухами и видоками. О *собственномъ* же *признаніи*, а равно о *письменныхъ актахъ*, какъ судебныхъ доказательствахъ, въ нашемъ памятникѣ нѣтъ и помину. Это можетъ быть объяснено тѣмъ, что Правда является по преимуществу сборникомъ правоположеній уголовныхъ; по дѣламъ же уголовнымъ моисеево-талмудическое законодательство, началами котораго насквозь проникнуто и древнѣйшее русское право, единственнымъ доказательствомъ на судѣ считало свидѣтельскія показанія, не придавая рѣшительно никакого значенія даже собственному признанію обвиняемаго, хотя въ дѣлахъ гражданскихъ дѣйствовало юридическое правило, что ,,признаніе собственныхъ устъ равносильно показаніямъ ста свидѣтелей" [1]).

2. Послухи или видоки должны быть представляемы въ указанномъ моисеевымъ законодательствомъ *числѣ* двухъ или трехъ человѣкъ. Мнѣніе же,—будто по нѣкоторымъ дѣламъ требовались по Русской Правдѣ 7 и 12 свидѣтелей—не можетъ быть принято, какъ основанное на явныхъ опискахъ въ текстѣ.

3. При представленіи лишь *одного свидѣтеля*, а въ дѣлахъ съ иностранцами—двухъ свидѣтелей, истецъ обязанъ подтвердить свое требованіе либо простою присягою, либо ,,польною ротою"—полемъ, судебнымъ поединкомъ, соединеннымъ съ суевѣрными клятвами,—въ отступленіе отъ талмудическаго

---

[1]) См. Dr. Z. Frankel: „Der gerichtliche Beweis nach mos.-talm. Rechte, § 177—8 и 337.



права, по которому представленіе *истцомъ* одного свидѣтеля влечетъ за собою въ *дѣлахъ гражданскихъ* лишь обязанность *отвѣтчика* принять очистительную присягу. О силѣ же и дѣйствіи показанія одного, или въ дѣлахъ съ иностранцами, двухъ свидѣтелей, выставляемыхъ *отвѣтчикомъ*, прямого указанія нѣтъ, но можно заключить, что въ такомъ случаѣ отвѣтчикъ освобождался отъ обязанности очистить себя присягою, когда таковая возлагалась на него закономъ, какъ это и установлено талмудическимъ правомъ въ спорахъ о правѣ гражданскомъ [1]).

4. Изъ причинъ *неспособности къ послушеству* Правда упоминаетъ лишь о холопствѣ (ст. 77 Кар.), умалчивая вовсе о другихъ основаніяхъ непригодности къ свидѣтельствованію. Несомнѣнно, однако, что не только въ церковныхъ, но и въ свѣтскихъ судахъ руководствовались, относительно качества свидѣтелей, сложившимися подъ преобладающимъ вліяніемъ моисеево-талмудическаго права постановленіями о послушествѣ, содержащимися въ Законѣ Судномъ, а также Главою о послусѣхъ, включенною въ изданныя проф. А. С. Павловымъ, такъ наз. „Книги Законныя“ и составленною изъ статей 27-й грани Закона Градскаго (Прохирона) и 14-го зачала „Главизнъ Леона и Константина“ (Эклоги).

5. Какъ справедливо замѣтилъ уже давно проф. В. Г. Демченко [2]), Русской Правдѣ извѣстны были только свидѣтели факта, а не соприсяжники. Иного взгляда держатся проф. В. И. Сергѣевичъ и М. Ф. Вл.-Будановъ. Основываясь на ст. 15 Кар., озаглавленной „о поклепной вирѣ“, они, вслѣдъ за Ланге, находятъ, что упоминаемые въ означенной статьѣ семь послуховъ были не очевидцами событія, а соприсяжниками на сторонѣ истца или отвѣтчика, такъ какъ поклепомъ, называется обвиненіе кого-либо въ преступномъ дѣяніи, совершенія котораго никто не видѣлъ и обвиняемый не былъ схваченъ на мѣстѣ преступленія, а при такомъ об-

---

[1]) См. Z. Frankel, op. cit., p. 143.

[2]) „Историч. изслѣд. о показаніяхъ свидѣтелей по русс. праву до Петра Великаго“. К. 1859 г., стр. 22.

виненіи выставленные *обвиняемымъ* для своего оправданія (проф. Сергѣевичъ), или же *обвинителемъ* для доказательства поклепа (проф. Вл.-Будановъ) семь послуховъ могли быть, конечно, только свидѣтелями доброй славы. Да и самое число 7 служитъ, по мнѣнію названныхъ ученыхъ, достаточнымъ основаніемъ видѣть въ этихъ 7 послухахъ германскихъ соприсяжниковъ, ибо иначе, какъ потребовать, чтобы ихъ непремѣнно было семь [1])? Но доводы эти совсѣмъ неубѣдительны, ибо, какъ мною изложено выше, смыслъ ст. 15 Кар.—тотъ, что, если обвиненіе не подтверждено ни „поличнымъ", ни предустановленнымъ числомъ свидѣтелей (двумя или тремя), а основано только на показаніи *одно*го, единственнаго, свидѣтеля, а въ дѣлахъ противъ иностранцевъ—двухъ, то обвинитель, или истецъ, долженъ подкрѣпить свое обвиненіе или искъ присягою, а при такомъ содержаніи статьи вся аргументація вышепоименованныхъ изслѣдователей падаетъ сама собою. Во всякомъ же случаѣ изъ того, что послухи требовались въ опредѣленномъ числѣ никоимъ образомъ нельзя заключить о роли ихъ, какъ соприсяжниковъ, а не свидѣтелей факта. Вѣдь и по юстиніанову праву требовались для полнаго доказательства на судѣ обыкновенно три, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ пять свидѣтелей (ср. напр., const 18 C. IV, 20). Но позволительно ли отсюда сдѣлать выводъ, что свидѣтели не удостовѣряли дѣйствительность спорныхъ обстоятельствъ дѣла, а лишь добрую славу той или другой спорящей стороны?

6. Вопреки утвержденію проф. В. И. Сергѣевича [2]), свидѣтели въ старину предъ допросомъ не приводились къ присягѣ, какъ это и замѣтилъ г. Н. Ланге [3]). И дѣйствительно, въ Русской Правдѣ не находимъ и намека на то, чтобы отъ свидѣтелей, какъ по греко-римскому и особенно каноническому праву, требовалась присяга въ подтвержденіе

---

[1]) См. В. И. Сергѣевича: Лекціи и изслѣдованія, 3-е изд., 1903 г., стр. 584. М. Ф. Вл.-Буданова: Христоматія, 5-е изд., I, стр. 41, прим.

[2]) Указ. соч., стр. 583.

[3]) „Древнее русс. угол. судопроизводство", Спб., 1884 г., стр. 197.



истинности ихъ показаній („Да кленоутся прежде послушествьва послоухове“. Глава о послоусѣхъ, ст. 5.—Ср. Const. 9. C. IV, 20). Лишь одинъ разъ въ сказанномъ памятникѣ встрѣчается выраженіе, могущее дать поводъ заключить, что свидѣтелей приводили къ „цѣлованію“: „будетъ ли послухъ холопъ, то на правду холопоу не вылазити“ (ст. 99 Кар.). Но едва ли требуется разъяснить, что здѣсь „правда“ значитъ не присяга, а просто *послушество*, въ каковомъ смыслѣ это реченіе употреблялось иногда и въ другихъ, гораздо позднѣйшихъ юридическихъ актахъ [1]), такъ, что означенныя слова являются лишь перефразою правила: „рабъ да не послушествуетъ“.

Въ безприсяжности же показаній свидѣтелей нельзя не видѣть слѣдовъ вліянія моисеево-талмудическаго законодательства, по которому лишь сами участвующія въ дѣлѣ стороны могли заклинать всякого, кому извѣстно какое-либо, относящееся къ спорному дѣлу, обстоятельство, выступить въ качествѣ свидѣтеля, при чемъ уклонившійся, не смотря на произнесенное тяжущеюся стороною заклятіе, отъ дачи показаній долженъ былъ искупить свой грѣхъ жертвоприношеніемъ, но подтверждать истинность своихъ словъ на судѣ присягою свидѣтель не былъ обязанъ и объ этомъ нѣтъ никакого указанія ни въ Ветхомъ Завѣтѣ, ни въ Мишнѣ, ни въ Талмудѣ (въ тѣсномъ значеніи) и только въ самомъ концѣ XIV стол. въ респонсахъ авторитетныхъ законоучителей, жившихъ въ христіанскихъ государствахъ, начинаетъ появляться мнѣніе, что судъ въ каждомъ данномъ случаѣ вправѣ, по своему усмотрѣнію, требовать отъ свидѣтелей, чтобы они подкрѣпляли свои показанія присягою [2]).

7. Во всѣхъ, безъ изъятія, случаяхъ, указанныхъ въ вышеприведенныхъ статьяхъ нашего памятника, гдѣ только говорится о „ротѣ“, рѣчь идетъ исключительно о присягѣ, даваемой по назначенію суда одной какой-либо изъ тяжущихся сто-

---

[1]) Ср. проф. Мрочекъ-Дроздовскаго: „Изслѣдованія о Русской Правдѣ“, вып. II, стр. 28, прим. 40.

[2]) См. Z. Frankel, op. cit. p. 202—213.

ронъ. Особаго термина для обозначенія этого рода присяги въ Русской Правдѣ не находимъ. Но въ Псковской Судной Грамотѣ встрѣчается выраженіе „*судная рота*", составляющее переводъ талмудическаго: schebuath hadajanin—присяга судей, точнѣе судная, судебная. „А которой истецъ (т. е. отвѣтчикъ) на *судней ротѣ* не станетъ, ино ему заплатить безъ цѣлованія, а цѣна ему, что искали на немъ" (Псков. Суд. Грам., ст. 99). Статья эта соотвѣтствуетъ слѣдующему положенію талмудическаго права: „Всякій, кому въ случаяхъ, приведенныхъ въ Моисеевомъ Пятокнижіи, назначена присяга,—присягаетъ и свободенъ (отъ предъявленнаго къ нему иска): если же онъ отказывается присягать, то приступаютъ къ его имѣнію и взыскиваютъ изъ онаго все, чего противная сторона требуетъ (при чемъ отвѣтчикъ не вправѣ „оборотить" присягу на истца), ибо послѣдній говоритъ первому: это не по закону, но либо присягни, либо заплати мнѣ". ...„Всякій же (отвѣтчикъ), кому полагается такъ наз. *присяга совѣстная*, введенная позднѣйшими талмудическими законоучителями, если онъ пожелаетъ переложить (свергнуть) присягу на истца, то послѣднему предоставляется принять присягу и получить отъ противной стороны удовлетвореніе своего исковаго требованія" [1]).

Быть можетъ, что и въ поцитованной статьѣ Псковской Судебной Грамоты совсѣмъ излишнія на первый взглядъ слова „*безъ цѣлованія*" имѣютъ тотъ смыслъ, что, въ случаѣ отказа отвѣтчика отъ принесенія назначенной ему судомъ присяги, онъ долженъ уплатить истцу всю искомую сумму и не вправѣ переложить на послѣдняго обязанность принятія присяги.

8. Говоря о „ротѣ" нельзя, кстати, не коснуться и этимологіи этого слова. Обстоятельное лингвистическое объясненіе послѣдняго предложено было проф. Буслаевымъ. „Никоимъ образомъ, доказываетъ онъ, нельзя предположить, что-бы это

---

[1]) Кодексъ Маймонида, раздѣлъ: „объ истцѣ и отвѣтчикѣ", гл. I, § 4 и 6. Ср. Saalschütz: „Das Mos. Recht", 1853 г., ч. II, гл. 80, прим. 795, стр. 619, въ концѣ.



слово, столь первобытное и столь вкоренившееся въ нашъ языкъ, не имѣло родственныхъ себѣ словъ въ другихъ языкахъ индоевропейскихъ. Но, чтобы стать на вѣрномъ пути для сравнительныхъ поисковъ, надобно прежде всего взять въ соображеніе то, что слово „рота" образовалась по организаціи славянскаго языка, употребляющаго гласный звукъ послѣ плавныхъ *л.* и *р.*, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ прочіе индоевропейскіе языки ставятъ гласный передъ плавнымъ... Къ этому присовокупляется другое требованіе, столь же свойственное нашему языку, именно: всѣми средствами избѣгать звука *а* въ началѣ слова... Если же вышеизложенный законъ о плавныхъ звукахъ приложить къ слову *рота*, то въ языкахъ индоевропейскихъ должны мы предположить форму *арт.* или еще правильнѣе *арт*... И дѣйствительно, въ санскритѣ находимъ буква въ букву форму *арт* и въ томъ же значеніи, какъ и наша рота, именно... первоначальный смыслъ этихъ словъ былъ: идти, двигаться, а потомъ разговаривать, выражать словомъ повелѣніе, неудовольствіе, поносить. Съ бранью на словахъ могло соединяться и битва оружіемъ" [1]).

Но съ такимъ объясненіемъ смысла и происхожденія слова „рота" трудно помириться, какъ слишкомъ затѣйливымъ и напоминающимъ подобныя же фантастическія производства, напр. реченія „изгой" отъ готскаго ussgoja,—по поводу чего самъ же названный ученый замѣтилъ, что это „выдумка небывалаго и не сбыточнаго" [2]). И на самомъ дѣлѣ, что общаго между санскритскимъ *арт*—идти, разговаривать, поносить и, пожалуй даже, биться съ оружіемъ—съ одной стороны, и славяно-русскимъ ротитися—присягать—съ другой? Истинное же значеніе обсуждаемаго слова можетъ быть установлено лишь при помощи еврейскаго языка и обрядовъ еврейской присяги. У евреевъ приносящій библейскую и мишнаитскую клятву (болѣе строгую, сравнительно съ присягою, даваемою въ случаяхъ, опредѣленныхъ законоучителями

[1]) „Истор. очерки рус. народ. словѣсности и искусства", соч. Буслаева, т. I, СПБ., 1861 г. отдѣл.: „эпическая поэзія", стр. 3.

[2]) См. „Москвитянинъ" за 1850 г. № 9. Май, кн. I, отд. критики и библіографіи, стр. 29: „Лингвистическое недоразумѣніе".

Талмуда въ собственномъ смыслѣ), обязанъ держать въ рукахъ писанный пергаментный *Свитокъ Закона*—sepher thora,—называемый также для краткости, или просто *Свиткомъ* или же только*Закономъ*. Слово же „рота" съ одинаковымъ основаніемъ можетъ быть признано соотвѣтствующимъ и первому, и второму изъ приведенныхъ двухъ реченій, смотря по тому, примемъ ли, что оно происходитъ изъ латинскаго, или же изъ еврейскаго языка. По средневѣковой латыни rotula или rotul, rotel (уменьш. отъ rota—колесо) значитъ *свертокъ*, *свитокъ*. А что, дѣйствительно, этимъ словомъ обозначался спеціально Свитокъ Моисеева Пятокнижія—Thora,—въ этомъ убѣждаетъ привилегія, дарованная евреямъ 1-го іюля 1244 г. Австрійскимъ Эрцгерцогомъ Фридрихомъ I, копію съ которой составляетъ такая же привилегія Болеслава Благочестиваго, герцога Калишскаго и Великой Польши 1264 г. Въ послѣдней постановлено, что можно требовать принесенія евреями присяги непремѣнно надъ пергаментнымъ свиткомъ Торы только по дѣламъ важнымъ, предметъ которыхъ не ниже 50-и марокъ серебра, или которые подлежатъ юрисдикціи самого герцога. Свитокъ Торы и названъ здѣсь *rodal* или *rhodal* [1]).

Но съ неменьшимъ, если даже не съ бо̀льшимъ еще правомъ можно считать слово „*рота*" вывороченнымъ, такъ сказать, на изнанку еврейскимъ словомъ „Тора", бывшимъ въ употребленіи у Половцевъ и заимствованнымъ, вѣроятно, у іудео хазаръ, какъ это видно изъ дошедшаго до насъ Куманскаго словаря (Codex cumanicus) [2]). За правдоподобность этого производства говорятъ слѣдующія соображенія: 1) Обыкновенно однимъ и тѣмъ же словомъ обозначаются и *право*, *законъ*, и *присяга*. Такъ, отъ jus образовалось juramentum, jusjurandum; *правда* значитъ законъ и вмѣстѣ съ тѣмъ—при-

---

[1]) Statuimus: quod nullus Iudaeus juret super R h o d a l e ipsorum, nise sit pro magnis sausis, quae se extendunt usque ad 50 marcas argenti, vel sit ad nostram praesentiam evocatus См. Г р е ц а: Geschichte der Juden, 1863, B. VII, S. 108.

[2]) См. проф. Г о л у б о в с к а г о „Печенѣги, Турки и Половцы". Кіев. Ун. Изв. 1883 г., № 3, стр. 153.



сяга, тоже и слово *вѣра*. По татарски присяга называется—*шерть*, *куранъ*: первое слово есть сокращенное *Шеріетъ* (Шаріатъ)—право; второе же названіе значитъ, очевидно, *Коранъ*—чтеніе, законъ. Отсюда можно уже a priori заключить, что и рота—присяга—первоначально значила также законъ, а таковъ именно смыслъ еврейскаго слова *Тора*, значащаго ученіе, законъ, форма, обрядъ, правило. 2) Въ нѣкоторыхъ спискахъ Русской Правды, вмѣсто „уроци *ротніи*" другихъ списковъ, стоитъ: *судніи* или *судебніи*—что указываетъ на тождезначимость обоихъ реченій; судъ же и законъ—синонимы [1]). 3) Въ польскихъ и малороссійскихъ законныхъ книгахъ обрядъ привода евреевъ къ присягѣ излагается подъ рубрикою: *Рота присяги жидовской* [2]), изъ чего видно, что рота значитъ законъ, правило, форма. 4) Самое выраженіе *идти* или *водить къ ротѣ*, или просто ротѣ, не объясняется ли тѣмъ, что у евреевъ о прихожанахъ, вызываемыхъ поочередно къ присутствованію при чтеніи въ синагогѣ опредѣленныхъ главъ Пятокнижія, говорится, что они „*восходятъ къ Торѣ*", такъ какъ свитокъ Пятокнижія вынимается изъ кивота и кладется на столъ, стоящій на эстрадѣ, къ которой ведутъ нѣсколько ступеней.

9. Заканчивая засимъ перечень выводовъ, вытекающихъ изъ разсмотрѣнныхъ мною статей Русской Правды, могу лишь повторить, что ни въ этомъ, ни въ другомъ какомъ-либо древнерусскомъ правовомъ памятникѣ нѣтъ и помина объ испытаніи желѣзомъ и водою, какъ предустановленномъ доказательствѣ по судебнымъ дѣламъ; предусматривается же, дѣйствительно, русскимъ закономъ древняго и средняго періодовъ только судебное, если оно заслуживаетъ носить такое названіе, доказательство чрезъ поединокъ—*поле*, *бой* (campus, camp, Kampf) и, притомъ, лишь по дѣламъ важнымъ цѣною не ниже гривны, или, по нѣкоторымъ спискамъ Правды, полугривны золота, соотвѣтствующей 50-и маркамъ

---

[1]) См. Калачова: Изслѣд. о Р. Правдѣ 1880 г., стр. 226—227.
[2]) См. „Права, по кот. судится Малор. народъ", изд. проф. Кистяковскаго, стр. 827.

(или гривнамъ) серебра, упоминаемымъ въ вышеозначенной привилегіи, дарованной евреямъ герцогомъ Болеславомъ, а равно въ другихъ такихъ же привилегіяхъ, изданныхъ по ея образцу почти одновременно съ нею въ разныхъ государствахъ, каковое соотвѣтствіе денежныхъ единицъ согласуется съ еврейскимъ денежнымъ счисленіемъ, по которому „мана" или „литра" золота содержала 100 простыхъ (50 священныхъ) сиклей серебра.

10. Остается, въ заключеніе, замѣтить, что встрѣчаемый въ Правдѣ способъ доказательства посредствомъ *жребія* заимствованъ изъ Библіи, изъ коей, впрочемъ, видно, что жребій (goral) примѣнялся только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, касающихся управленія и культа, а не въ судопроизводствѣ, такъ какъ библейское право требуетъ, чтобы судъ совершался только на точномъ основаніи юридическихъ нормъ, рѣшительно не допуская ни ордалій, ни другихъ видовъ суда Божіяго" [1]).

Г. Барацъ.

[1]) См. Saalschütz, op. cit. II, S. 620, Anm. 796.



ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.

С. П. Мокринскій. *Наказаніе, его цѣли и предположенія. Ч. III. Каузальный и потенціальный моменты дѣйствія.* Томскъ. 1905 г.

Книга, г. Мокринскаго, вышедшая въ прошломъ году, является третьей частью задуманнаго имъ большаго труда подъ названіемъ: „Наказаніе, его цѣли и его предположенія", первыя двѣ части котораго появились въ 1902 г. и посвящены: первая—выясненію вопроса объ общемъ и спеціальномъ предупрежденіи преступленій и вторая—изслѣдованію значенія результата. Въ настоящей работѣ г. Мокринскій занимается выясненіемъ одного изъ наиболѣе труднаго вопросовъ уголовнаго права—вопроса о каузальномъ и потенціальномъ моментахъ дѣйствія. Изслѣдованіе категорій причинности и возможности въ приложеніи къ понятію преступнаго дѣйствія—вотъ задача его работы. Впрочемъ, изслѣдованію каузальнаго момента дѣйствія авторъ отводитъ сравнительно незначительное мѣсто, ему посвящены лишь стр. 306—319 и 487—512, а также нѣсколько словъ на стр. 516—548, въ общемъ всего лишь около 50 стр., напротивъ того, бóльшая часть книги (стр. 319—487 и отчасти 516—548), въ общемъ около 200 страницъ—посвящены изслѣдованію потенціальнаго момента. При такой сравнительной неравномѣрности въ распредѣленіи предметовъ изслѣдованія, названіе книги обѣщаетъ нѣсколько больше, чѣмъ даетъ. Читатель на основаніи ея изученія можетъ вполнѣ хорошо ознакомиться съ кругомъ идей, относящихся къ вопросу о потенціальномъ моментѣ въ уголовномъ правѣ, но онъ въ общемъ мало узнаетъ о тѣхъ конструкціяхъ причинной связи, которыя выставляются въ современной наукѣ уголовнаго права.

Для того, чтобы оріентироваться въ отдѣльныхъ построеніяхъ и выводахъ г. Мокринскаго необходимо прежде всего усвоить то значеніе, которое онъ придаетъ двумъ выраженіямъ, получающимъ у него смыслъ опредѣленныхъ терминовъ: это понятія—предположенія и основанія репрессіи. „Дѣйствіе, какъ цѣлесообразное предположеніе наказанія, говоритъ онъ, должно состоять въ опредѣленномъ отношеніи къ основанію репрессіи, въ частности къ такъ называемому преступному результату" (стр. 293), и далѣе поясняетъ, что „предположенія репрессіи—это тѣ факты, съ наступленіемъ которыхъ уголовный законъ связываетъ примѣненіе наказанія. Факты соціальной жизни, возможное искорененіе которыхъ, какъ общаго явленія, составляютъ интересъ законодателя, задачу его, какъ политика, составляютъ основанія репрессіи" (ib.). Иными словами, „предположеніе репрессіи" не болѣе, какъ терминъ, долженствующій замѣнить собой обычно-употребляемое выраженіе: составъ преступленія, а „основаніе репрессіи"—не болѣе, какъ обозначеніе „мотива или матеріальнаго субстратомотива законодателя" при установленіи имъ репрессіи извѣстныхъ дѣяній. Этотъ „мотивъ", однако, какъ увидимъ ниже, получаетъ въ глазахъ автора особое значеніе, такъ какъ онъ возводится на степень такого момента, знаніе котораго является существеннымъ для конструированія понятія опасности. Впрочемъ, необходимо указать, что г. М. допускаетъ и отпаденіе въ отдѣльныхъ случаяхъ основанія и предположенія репрессіи: онъ замѣчаетъ, что „преступный результатъ есть ничто иное, какъ основаніе репрессіи, возведенное на степень ея предположенія" (стр. 316).

Останавливаясь прежде всего на разсмотрѣніи вопроса о томъ, что можетъ быть предположеніемъ наказанія, авторъ указываетъ два пути въ этомъ отношеніи: простѣйшій, когда на степень такого предположенія возводится преступный результатъ, т. е. то „внѣшнее измѣненіе, которое обусловлено дѣйствіемъ преступника и служитъ одновременно и признакомъ, входящимъ въ составъ преступленія и частнымъ случаемъ искореняемаго общественнаго явленія" (стр. 294), и другой—болѣе широкій — когда такимъ предположеніемъ становятся дѣйствія субъекта. На основаніи этого опредѣленія, по самому ходу изложенія, можно было далѣе ожидать, что г. М. приступитъ далѣе къ болѣе подробному разсмотрѣнію вопроса о томъ, что такое дѣйствіе, и какъ слѣдуетъ понимать результатъ въ уголовномъ правѣ. Но, на самомъ дѣлѣ, отмѣтивъ лишь, что понятіе дѣйствія принадлежитъ къ числу наиболѣе

спорныхъ въ уголовномъ правѣ, авторъ, однако, не считаетъ нужнымъ останавливаться на ближайшемъ выясненіи этого вопроса, что, казалось бы, необходимо было сдѣлать, разъ все дальнѣйшее изслѣдованіе должно исходить изъ извѣстнаго пониманія преступнаго дѣйствія. Авторъ только мимоходомъ затрогиваетъ нѣкоторые относящіеся сюда вопросы. Такъ, весьма важному вопросу о томъ, принадлежитъ ли или нѣтъ психическая сторона дѣятельности человѣка къ понятію дѣйствія, авторъ посвящаетъ немногимъ болѣе одной страницы, приведя вмѣсто подробнаго разсмотрѣнія господствующихъ воззрѣній, мнѣніе двухъ писателей, случайно объ этомъ говорившихъ при спеціальномъ изслѣдованіи другихъ вопросовъ, и не остановившись даже на тѣхъ сочиненіяхъ, которыя именно были посвящены этому вопросу о дѣйствіи. Рѣшивъ же данный вопросъ въ томъ смыслѣ, что „соціальное значеченіе дѣйствія опредѣляется не только внѣшней, но и внутренней стороной его" и установивъ, что „дѣйствіе, какъ тѣлодвиженіе или отказъ въ тѣлодвиженіи (бездѣйствіе) не можетъ быть ни опасно, ни безопасно", такъ какъ „опаснымъ становится дѣйствіе лишь въ той или иной опредѣленной комбинаціи съ фактами, лежащими въ психической сферѣ лица", авторъ уже болѣе не задается разсмотрѣніемъ поставленнаго вопроса: „понятіе дѣйствія должно, по его словамъ, неминуемо обнимать не только внѣшній моментъ движенія тѣла, но и внутренній—движеніе души (стр 297)". Такимъ образомъ отвѣтъ па вопросъ о существѣ дѣйствія дается не изъ самаго анализа дѣйствія, а получается на основаніи соображеній посторонняго характера, именно на основаніи представленія о цѣли уголовной репрессіи. Точно также мало удовлетворительно рѣшается другой вопросъ, имѣющій громадное значеніе для всей остальной работы,—вопросъ о томъ, входитъ ли результатъ въ понятіе дѣйствія или нѣтъ. Въ этомъ отношеніи у г. М. говорится лишь, что одни криминалисты вводятъ результатъ въ понятіе дѣйствія, другіе—нѣтъ. Но чѣмъ мотивируется то или другое рѣшеніе вопроса, онъ не указываетъ. Самъ онъ присоединяется къ мнѣнію тѣхъ писателей, которые даютъ отрицательное рѣшеніе, потому что, говоритъ онъ: „есть не малое число деликтовъ, въ составѣ которыхъ результатъ отсутствуетъ, а разъ результатъ не составляетъ необходимаго спутника дѣйствія, какъ предположенія наказанія, то и нѣтъ основанія вводить его въ понятіе дѣйствія" (стр. 297). Выходитъ, точно его противники проглядѣли такое явленіе, которое ясно бросается въ глаза при самомъ по-

верхностномъ ознакомленіи съ положительнымъ правомъ. Но дѣло въ томъ, что не проглядѣли они этого явленія, а только результатъ понимаютъ иначе, чѣмъ г. М. А между тѣмъ отъ того или иного пониманія результата получится то или другое рѣшеніе поставленнаго вопроса. Ссылка же на положительное право, дѣлаемая авторомъ, едвали здѣсь умѣстна въ силу исторической измѣнчивости его опредѣленій.

Указавъ, затѣмъ, рядъ уголовно-политическихъ соображеній, коими оправдывается возведеніе дѣйствія на степень самостоятельнаго предположенія наказанія, г. М. ближайшимъ образомъ устанавливаетъ сущность потенціальнаго и каузальнаго моментовъ. „Какъ цѣлесообразное предположеніе репрессіи, говоритъ онъ, дѣйствіе должно состоять въ опредѣленномъ отношеніи къ основамъ уголовной репрессіи, въ частности,—къ преступному результату. Опредѣляя логически это отношеніе, мы не получаемъ категорій необходимости и возможности. Отношеніе дѣйствія къ основамъ репрессіи образуетъ потенціальный моментъ дѣйствія, отношеніе же его къ результату—моментъ каузальный“ (тр. 304).

Разсмотрѣнію указанныхъ вопросовъ посвященъ первый § (§ 15) книги г. М. Слѣдующій § 16 посвященъ выясненію каузалнаго момента дѣйствія, т. е. анализу причинной связи, однако здѣсь вмѣсто надлежащаго подробнаго изложенія ученія о причинной связи, которое было бы вполнѣ умѣстно въ трудѣ, спеціально посвященномъ анализу дѣйствія въ уголовномъ правѣ и котораго вправѣ ожидать читатель отъ автора, судя по заглавію книги, мы находимъ лишь самый бѣглый обзоръ теорій, причемъ дается далеко не исчерпывающій перечень даже новѣйшихъ теорій и поверхностная критика ихъ—особенно же той группы теорій, которая стоитъ на точкѣ зрѣнія необходимости разграниченія причины и условія. Впрочемъ, нѣкоторыя теоріи, напр. теорія адэкватнаго причиненія, излагаются въ другихъ отдѣлахъ книги, главнымъ образомъ въ связи съ установленіемъ понятія потенціальнаго момента дѣйствія. Самъ авторъ считаетъ единственно правильной теорію причинной связи, опредѣляемой по методу гипотетическаго исключенія, причемъ онъ вполнѣ справедливо указываетъ, что „идея обусловленности, въ смыслѣ необходимости, не должна быть смѣшиваема съ идеей обусловленности въ смыслѣ воспроизведенія“ (стр. 309)—положеніе, которое и въ дальнѣйшемъ даетъ ему возможность избѣжать тѣхъ затрудненій, которыя испытываютъ криминалисты, стоящіе на иной точкѣ зрѣнія. Вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ правильно

указываетъ онъ и на то, что при рѣшеніи вопроса о причинѣ явленія мы отрѣшаемся отъ дѣйствительности и прибѣгаемъ къ абстракціи. „Причинность есть приложеніе начала необходимости къ отношенію какихъ-либо моментовъ предшествующихъ фактовъ съ какими-нибудь моментами фактовъ послѣдующихъ", замѣчаетъ онъ (стр. 314). Но затѣмъ онъ вводитъ слѣдующее ограниченіе въ понятіе причинности въ примѣненіи къ уголовному праву: „требованіе, чтобы дѣйствіе причиняло преступный результатъ въ полномъ объемѣ, говоритъ онъ, вело бы на приктикѣ къ отрицанію вмѣненія. Такого требованія законъ, естественно, предъявлять не можетъ. Для вмѣненія результата достаточно, если одинъ или нѣсколько его моментовъ были обусловлены однимъ или нѣсколькими моментами дѣйствія. Субъектъ отвѣчаетъ не за то, что онъ причиняетъ результатъ—причиняетъ причина, а не условіе,—но за то, что онъ вводитъ свое дѣйствіе въ комплексъ условій, познаваемыхъ нами, какъ причинъ,—что онъ участвуетъ въ причиненіи" (стр. 315). Такимъ образомъ въ концѣ-концовъ г. Мокринскій хотя и не соглашается съ тѣми криминалистами, которые въ ученіи о причиной связи считаютъ нужнымъ проводить различіе между причиной и условіемъ и только стремятся ближе охарактезировать то условіе, которое должно имѣть значеніе для вмѣненія результата, тѣмъ не мѣнѣе самъ разграничиваетъ понятіе причины и условія и считаетъ въ уголовномъ правѣ каузальный моментъ даннымъ тамъ, гдѣ имѣется лишь условіе происшедшаго результата. Однако, нужно замѣтить, что, выставивъ положеніе о томъ, что законъ не можетъ предъявить требованія, чтобы дѣйствіе причиняло преступный результатъ въ полномъ объемѣ, тѣмъ не менѣе немного дальше авторъ говоритъ: „дѣйствіе должно быть признано состоящимъ въ причинной связи съ преступнымъ результатомъ, когда *оно или извѣстные его* моменты соотвѣтстзуютъ conditio sine qua результата или его отдѣльныхъ юридически небезразличныхъ моментовъ" (стр. 317), т. е. здѣсь прямо допускается, что дѣйствіе можетъ причинить весь результатъ въ полномъ объемѣ. Получается противорѣчіе, подрывающее значеніе разграниченія причинъ и условія для вмѣненія. Кромѣ того, въ этомъ послѣднемъ опредѣленіи не дается даже приблизительнаго указанія о томъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ той conditio sine qua non, о которой здѣсь идетъ рѣчь, и, быть можетъ, вѣрнѣе поступаютъ въ этомъ отношеніи тѣ писатели, которые пытаются болѣе точно опредѣлить условіе, получающее въ ряду другихъ значеніе при-

чиняющаго и съ коимъ единственно и приходится считаться для установленія вмѣненія. Указывая далѣе, что такое преступный результатъ, авторъ вноситъ полную неопредѣленность въ установленіи этого понятія: „принципъ результата, говоритъ онъ, есть ничто иное, какъ основаніе репрессіи, возведенное на степень ея предположенія. Поэтому къ результату могутъ быть относимы только такіе признаки событія, которые могутъ имѣть значеніе съ точки зрѣнія основанія репрессіи, т. е. того общественнаго явленія, къ искорененію котораго ближайшимъ образомъ направлены усилія законодателя" (стр. 316). Но спрашивается, какой же будетъ выдвинутъ для этого критерій и кто его будетъ выдвигать? Объ этомъ ничего не говорится.

Гораздо большую цѣнность, сравнительно съ изложеннымъ, представляетъ та часть книги, которая посвящена выясненію вопроса о потенціальномъ моментѣ дѣйствія въ уголовномъ правѣ, т. е. ученію объ опасности. Вопросъ этотъ только недавно всплылъ, какъ особый и самостоятельный, независимо отъ общаго вопроса о причинной связи. Эту послѣднюю его конструкцію усваиваетъ и г. М., пытаясь дать исчерпывающее и полное ученіе объ опасности, разбросанное въ настоящее время по разнымъ мѣстамъ системъ уголовнаго права. Онъ стремится дать общую конструкцію для всѣхъ возможныхъ случаевъ этого рода, связывая ихъ другъ съ другомъ, и разсматриваетъ всѣ отдѣльныя формы образованія потенціальнаго момента, проводя на этомъ основаніи различіе между полицейской и уголовной неправдой, и изслѣдуя формы, которыя принимаетъ потенціальный моментъ въ сферѣ самой уголовной неправды. Далѣе, остановившись на опредѣленномъ критеріи мѣры опасности, онъ использываетъ его для установленія разграниченія между покушеніемъ и приготовленіемъ, между покушеніемъ годнымъ и негоднымъ, а въ примѣненіи къ соучастію—между отдѣльными видами соучастія. Уже изъ этого перечисленія видно, что цѣлый рядъ разнообразныхъ и весьма важныхъ вопросовъ общей части уголовнаго права затрогивается въ книгѣ г. М. Ученіе о полицейской неправдѣ, ученіе о формахъ преступности дѣйствія—въ частности ученіе о деликтѣ нарушенія безопасности, ученіе о покушеніи, наконецъ, ученіе о соучастіи—всѣ эти вопросы интересуютъ автора съ опредѣленной точки зрѣнія. Но, такъ какъ, конечно, каждый изъ этихъ вопросовъ можетъ быть предметомъ спеціальнаго изслѣдованія, то у г. М. мы не находимъ исчерпывающаго изложенія любого изъ нихъ. Всѣ они изслѣдуются имъ одно-

сторонне, такъ какъ только отдѣльные ихъ моменты привлекаютъ къ себѣ вниманіе автора, но это не мѣшаетъ ему по нѣкоторымъ изъ нихъ дѣлать попытки самостоятельной конструкціи самаго существа института, что выходитъ уже за предѣлы его плана изслѣдованія—такъ, это можно усмотрѣть по вопросу о конструкціи понятія соучастія.

Приступивъ къ разсмотрѣнію потенціальнаго момента дѣйствія, авторъ прежде всего (въ § 17) знакомитъ читателя съ литературой вопроса. Въ этомъ отношеніи его изслѣдованіе, что касается новой литературы, отличается большой полнотой, но, какъ и въ другихъ мѣстахъ книги, болѣе старыя воззрѣнія г. М. оставляетъ безъ вниманія. Всѣ относящіяся сюда теоріи онъ дѣлитъ на три группы: 1) тѣ, которыя разсматриваютъ потенціальный моментъ, какъ стадію въ развитіи каузальнаго момента; 2) тѣ, которыя видятъ въ немъ осложненіе каузальнаго и 3) тѣ, которыя усматриваютъ въ немъ замѣстителя послѣдняго. Нельзя сказать, чтобы эта классификація теорій была сдѣлана вполнѣ правильно. Критерій ея довольно неясенъ и къ тому же большинство писателей, касавшихся потенціальнаго момента, говоритъ о немъ, имѣя его въ виду не въ томъ его полномъ объемѣ, какъ это дѣлаетъ г. М., а напротивъ отдѣльные его случаи—такъ, напр., кто писалъ о покушеніи, тотъ могъ представлять себѣ моментъ потенціальный, какъ стадію развитія каузальнаго, не касаясь вообще принципіальнаго значенія самаго существа этого момента. А между тѣмъ, напр., главное возраженіе противъ послѣдователей теорій второй группы г. М. видитъ въ томъ, что „они лишены сознанія, что потенціальный моментъ дѣйствія составляетъ универсальное предположеніе репрессіи, что онъ важенъ для характеристики не нѣкоторыхъ, а всѣхъ безъ исключенія предположеній наказанія“ (стр. 356). Разсматривая указанныя отдѣльныя группы теорій, можно замѣтить, что авторъ едва ли правильно относитъ теорію Биндинга къ первой группѣ, такъ какъ центръ тяжести ученія Б. въ характеристикѣ такъ называемыхъ Gefährdungsdelikte, какъ самостоятельной группы преступныхъ дѣяній, а не въ качествѣ начальной стадіи развитія преступнаго дѣйствія. Съ другой стороны отсюда выдѣлена и помѣщена въ третью группу, которую она одна и образуетъ, теорія Липпмана. Но почему эта теорія отсюда выдѣлена, является непонятнымъ, такъ какъ по своему взгляду Липпманъ примыкаетъ къ писателямъ первой группы, исходя изъ того положенія, что „дѣйствительное должно быть всегда сначала возможнымъ“. Среди

теорій второй группы г. М. особенно подробно разсматриваетъ теорію Крига объ адэкватномъ причиненіи, совершенно правильно находя, что выраженіе „адэкватное причиненіе“ есть contradictio inadjecto, такъ какъ, возможность и необходимость—двѣ особыя самостоятельныя и одна отъ другой независимыя категоріи нашего мышленія. Одно и то же событіе одновременно можетъ быть разсматриваемо и какъ возможное и какъ необходимое (стр. 342). Относительно самаго характера изложенія нѣкоторыхъ теорій, нужно замѣтить, что цѣлостности представленія о нихъ нерѣдко препятствуетъ то обстоятельство, что одна и та же теорія иногда излагается нѣсколько разъ—притомъ съ небольшими каждый разъ дополненіями (напр. теорія Бара приводится на стр. 335, 351 и 422); въ другихъ случаяхъ взглядъ одного и того же автора на данный вопросъ иногда излагается въ разныхъ мѣстахъ книги и по разнымъ поводамъ, между тѣмъ, будучи между собой связаны, они могутъ быть восприняты надлежащимъ образомъ, только при изложеніи ихъ въ одномъ опредѣленномъ мѣстѣ (напр. теорія Кона и Крига). Кромѣ того при разсмотрѣніи этихъ теорій попадаются нѣкоторыя противорѣчія и неточности. На стр. 344 по вопросу о критеріи абстракціи, полагаемой въ основу понятія дѣйствія, говорится, что Кригъ пользуется критеріемъ какъ чисто-объективнымъ, такъ и объективно-субъективнымъ, совмѣщающимъ признаки объективной и субъективной стороны дѣйствія, въ зависимости отъ свойствъ замѣтнаго образованія; спеціально о критеріи смѣшанномъ (объективно-субъективномъ) у Крига говорится и на стр. 353; а на стр. 410 указывается, что Кригомъ былъ впервые предложенъ, но приведенъ только имъ не съ достаточной послѣдовательностью субъективный критерій абстракціи; но если даже здѣсь нужно разумѣть подъ именемъ субъективнаго объективно-субъективный критерій, то его вѣдь впервые выставилъ не Кригъ, а Баръ.

Основныя воззрѣнія самого автора на вопросъ о потенціальномъ моментѣ дѣйствія изложены въ слѣдующемъ § 18 и выражены такъ: „цѣль уголовной репрессіи состоитъ въ борьбѣ съ неправомъ, какъ общимъ явленіемъ. Удовлетворить этой цѣли въ достаточно широкой мѣрѣ можетъ единственно возведеніе на степень предположенія репрессіи дѣйствія субъекта безъ вниманія къ тому, повлекло ли оно вредныя послѣдствія in concreto. Безвредное, въ данномъ случаѣ, въ соединеніи съ данной группой условій, оно можетъ повлечь за собой вредный результатъ въ дру-

гомъ случаѣ, въ соединеніи съ другой группой условій..... Правопорядокъ не долженъ допускать не только правонарушеній, но и сформированія тѣхъ фактическихъ комбинацій, откуда правонарушенія грозятъ возникнуть" (стр. 307). „Если послѣдствіе, продолжаетъ онъ, которое можетъ имѣть дѣйствіе, почему-либо нежелательно, мы говоримъ, что дѣйствіе опасно. Опасность дѣйствія опредѣляется опасностью той категоріи дѣйствій, къ которой въ силу извѣстнаго общаго признака принадлежитъ данное. И если мы говоримъ объ опасности даннаго дѣйствія, въ смыслѣ конкретнаго факта, а не отвлекаемаго отъ дѣйствительности фактическаго момента—то это простая неточность языка" (стр. 368). Такимъ образомъ г. М. стоитъ на точкѣ зрѣнія понятія абстрактной опасности, которая у него особенно ярко выражена въ критикѣ теоріи конкретной опасности и въ отрицаніи формулы: „чего не было, того и не могло быть" (ст. 324), и съ правильностью этого взгляда нельзя не согласиться. Въ этомъ отношеніи г. М. примыкаетъ къ Кригу и его послѣдователямъ. Но затѣмъ возникаетъ вопросъ о томъ, какой критерій мы должны класть въ основу нашего сужденія объ опасности. Авторъ рѣшаетъ его въ пользу объективно-субъективнаго критерія, находя, что въ основу обобщенія, на основаніи котораго мы говоримъ объ опасности дѣйствія, должны входить признаки и объективнаго характера (внѣшняя сторона дѣйствія и факты, ему сопутствующіе) и субъективнаго (психическая сторона дѣйствія—моменты предвидѣнія и направленія воли). И этотъ взглядъ въ дальнѣйшемъ приводитъ его къ ряду выводовъ, съ которыми трудно согласиться. Основаніемъ же для этого взгляда является представленіе о цѣли уголовной репрессіи. „Ограничить абстракцію тѣмъ движеніемъ, какъ таковымъ, говоритъ онъ, игнорировать вовсе внутреннюю сторону дѣйствія законодатель не можетъ уже по одному тому, что его запреты и приказы обращены къ человѣческой волѣ; угрозу наказанія онъ, очевидно, можетъ связать лишь съ дѣйствіемъ произвольнымъ, т. е. сознательнымъ и волевымъ" (стр. 370). Но роль этихъ субъективныхъ признаковъ представляется ему въ отдѣльныхъ случаяхъ неодинаковой, какъ это слѣдуетъ изъ его анализа взаимоотношенія уголовной и полицейской неправды и деликтовъ, требующихъ нарушенія безопасности (Gehöhrdnungsdelikte) и не требующихъ этого.

Въ такомъ пониманіи опасности лежитъ, однако, ошибка, заключающаяся въ смѣшеніи понятія дѣйствія съ понятіемъ вины. Опас-

ность, какъ и вредоносность, суть чисто объективные факты, устанавливаемые на основанiи данныхъ опыта. Дѣйствiе представляется вреднымъ или опаснымъ, въ смыслѣ созданiя возможности наступленiя вреда, независимо отъ того, отъ кого оно исходитъ. Опаснымъ будетъ и дѣйствiе силъ природы, и животнаго, и лица невмѣняемаго, и лица вмѣняемаго: будетъ ли цѣлиться въ меня изъ ружья сумасшедшiй или человѣкъ нормальный, это не измѣняетъ характера даннаго акта, какъ опаснаго, признаваемаго таковымъ на основанiи оцѣнки чисто-объективнаго момента—направленiя дѣйствiя. Но, разумѣется, отвѣтственность за это созданiе опасности будетъ признана только тогда, когда будетъ констатирована вина. А она установляется на основанiи анализа познавательной способности человѣка въ данномъ случаѣ.

Конструкцiя полицейской неправды и отдѣльныхъ типовъ преступныхъ дѣянiй въ зависимости отъ отношенiя ихъ къ моменту опасности ясно показываетъ несостоятельность точки зрѣнiя г. М.

Въ самомъ дѣлѣ, переходя къ вопросу о потенцiальномъ моментѣ дѣйствiя, какъ критерiя разграниченiя неправды уголовной и полицейской, авторъ пытается опредѣлить сущность полицейскихъ деликтовъ въ отличiе отъ уголовныхъ, по моменту чисто—субъективному—наличности сознанiя потенцiальнаго момента дѣйствiя. Но при этомъ въ виду того, что вопросъ о томъ, что такое полицейскiй деликтъ, въ доктринѣ спорный, а многiя законодательства подобнаго термина и вовсе не знаютъ, авторъ, казалось бы, долженъ былъ сразу же указать, что онъ собственно разумѣетъ подъ именемъ „полицейскаго деликта". Однако онъ этого не дѣлаетъ, исходя изъ какого-то, повидимому, готоваго представленiя о „полицейскомъ" проступкѣ, точно объемъ этого понятiя ясно очерченъ, хотя онъ самъ же говоритъ, что „въ Германiи подъ рубрикой Uebertretungen законодатель объединяетъ весьма разнообразные деликты не только полицейскiе, но и уголовные" (стр. 372); онъ даже говоритъ о деликтахъ „несомнѣнно" полицейскихъ (стр. 383). Читатель, поэтому, все время пребываетъ въ недоумѣнiи, по какому же признаку выдѣляются нѣкоторые деликты, какъ полицейскiе. Вмѣстѣ съ тѣмъ остается непонятнымъ, говорится ли здѣсь о полицейскихъ деликтахъ de lege lata или de lege ferenda. Правда, на стр. 373 г. М. замѣчаетъ, что „de lege ferenda" мы не можемъ отождествлять полицейскiй проступокъ съ понятiемъ просто „проступка", должны принять критерiемъ дѣленiя различiе не въ юридическихъ послѣдствiяхъ, но въ самыхъ составахъ деликтовъ, но

затѣмъ собственно тѣмъ же содержаніемъ наполняетъ онъ ту категорію „проступковъ", которая извѣстна современному позитивному нѣкоторыхъ государствъ. Разсматривая литературу вопроса о полицейской неправдѣ, г. М. ограничивается, безъ ближайшаго объясненія, почему онъ это дѣлаетъ, только новѣйшими попытками разграниченія полицейской и уголовной неправды, между тѣмъ какъ разсмотрѣніе историческаго хода образованія понятія полицейскаго проступка показало бы автору, что вся разница здѣсь не по содержанію, а по послѣдствіямъ и по внѣшнему процессуальному моменту-подсудности. Непонятнымъ также является то, что онъ ничего не упоминаетъ о представителяхъ гегеліанской школы въ уголовномъ правѣ, которые именно и понимали полицейскую неправду, какъ неправду возможную, гдѣ, слѣдовательно, потенціальный моментъ былъ выдвинутъ на первый планъ. Однако и новѣйшія попытки рѣшенія вопроса изложены не полно. При разсмотрѣніи ученія о полицейской неправдѣ нельзя было не ознакомиться съ тѣми конструкціями, которыя мы находимъ въ трудахъ представителей административнаго права, но изъ публицистическихъ теорій г. М. разсматриваетъ только одну теорію Гольдшмита. Болѣе полно изложены теоріи юридическія, какъ онъ ихъ называетъ, имѣющія своимъ родоначальникомъ Меркеля. Не соглашаясь, однако, ни съ одной изъ существующихъ теорій, авторъ придумываетъ слѣдующій, представляющійся ему „простымъ" способъ рѣшенія вопроса о полицейской неправдѣ, но вносящій, однако, въ законы ученія еще больше осложненія въ силу самой произвольности избраннаго критерія. „Вопросъ о томъ, въ которую изъ сферъ неправа отходитъ спорный деликтъ, говоритъ онъ, рѣшаетъ роль, отводимая законодателемъ, при опредѣленіи потенціальной стороны воспрещаемаго или предписываемаго дѣйствія, субъективной стороны послѣдняго" (стр. 391). „Дѣйствіе можетъ быть воспрещено или потому, что оно опасно уже, какъ произвольное физическое тѣлодвиженіе (или комплексъ тѣлодвиженій) независимо отъ оцѣнки субъектомъ (или возможности оцѣнки) его потенціальнаго значенія,—или же потому, что оно опасно, какъ произвольное физическое тѣлодвиженіе, выполненное съ опредѣленнымъ намѣреніемъ, цѣлью, сознаніемъ вредныхъ послѣдствій или только возможностью сознанія" (ib.). Въ силу этого, въ его глазахъ „отсутствіе сознанія потенціальной связи дѣйствія съ основаніемъ репрессіи составляетъ характерный признакъ полицейской неправды" (стр. 392) и „характерное отличіе уголовной неправды отъ поли-

цейской заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ отвѣтственность наступаетъ, если субъектъ сознавалъ или могъ сознавать потенціальное значеніе дѣйствія для измѣненій, лежащихъ въ основѣ репрессіи, тогда какъ во второмъ не требуется ни сознанія, ни возможности сознанія потенціальнаго момента дѣйствія—требуется только, чтобы само дѣйствіе, какъ таковое, было произведено сознательно" (стр. 394). Но что получается при подобномъ пониманіи полицейской неправды? Основаніе репрессіи, какъ говоритъ самъ г. М., это мотивъ или матеріальный субстратъ мотива законодателя (стр. 294). И вотъ въ зависимости отъ того, сознаетъ ли виновный возможную связь своей дѣятельности съ этимъ мотивомъ или нѣтъ, получается полицейскій деликтъ или уголовный. Центръ тяжести перемѣщается здѣсь, слѣдовательно, на такой пунктъ, гдѣ никакой учетъ не возможенъ, такъ какъ каждый можетъ понимать этотъ мотивъ по своему, не говоря уже о томъ, что въ отдѣльныхъ случаяхъ можно представить себѣ лицо, дѣйствующее безъ всякаго представленія объ основаніи репрессіи. Далѣе, по ученію г. М., опредѣленная цѣль дѣятельности дѣлаетъ полицейскій деликтъ уголовнымъ. Но опять таки это понятіе цѣли представляется неопредѣленнымъ, и примѣры, приводимые далѣе авторомъ, показываютъ какъ неправильна вся эта конструкція, если придавать рѣшающее значеніе цѣли дѣятельности. Онъ говоритъ, напр., что ст. 171 уг. ул. предусматриваетъ полицейскій проступокъ погребенія мертваго тѣла, подлежащаго судебно-медицинскому осмотру,—безъ таковаго осмотра, если при этомъ не было цѣли скрыть слѣды тяжкаго преступленія или преступленія; послѣднему обстоятельству—отсутствію опредѣленной цѣли онъ придаетъ здѣсь существенное значеніе въ томъ смыслѣ, что если эта цѣль была въ наличности, то здѣсь будетъ имѣть мѣсто ужъ не полицейскій, а уголовный проступокъ. Но, вѣдь, какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ можетъ быть и не быть сознанія законодательнаго мотива, такъ какъ указаніе на цѣль дѣятельности не имѣетъ еще значенія указанія опредѣленнаго основанія репрессіи; это—не болѣе, какъ техническій пріемъ законодателя для созданія квалифицированныхъ видовъ деликтовъ, выдающихся по тяжести наказанія изъ нормальнаго типа, и это особенно ясно вытекаетъ изъ той же ст. 171, которая говоритъ о цѣли сокрытія слѣдовъ тяжкаго преступленія или преступленія, такъ что если у виновнаго была цѣль скрыть слѣдъ „проступка", то дѣяніе это остается въ глазахъ законодателя заслуживающимъ меньшаго наказанія. Но вѣдь вну-

треннее содержаніе деликта отъ этого не мѣняется. Съ другой стороны сознаніе значенія потенціальнаго момента можетъ отсутствовать и въ тѣхъ случаяхъ, которые авторъ относитъ къ уголовнымъ проступкамъ. Лицо, составляющее подложный документъ относительно обстоятельства истиннаго, учиняетъ подлогъ, который есть преступленіе уголовное, а между тѣмъ оно можетъ совершенно не сознавать основанія репрессіи въ подобномъ запретѣ и находить, что данное дѣяніе ни въ какомъ случаѣ не можетъ причинить вреднаго результата. Нужно, однако, замѣтить, что автору не чуждо представленіе о томъ, что и помимо выдвигаемаго имъ субъективнаго критерія можно усматривать различіе между отдѣльными группами наказуемыхъ дѣяній по ихъ содержанію. Такъ у него проскальзываетъ мысль о томъ, что въ полицейскомъ проступкѣ мы имѣемъ дѣло съ „безвреднымъ и нравственно безразличнымъ ослушаніемъ“ (стр. 395), а стараясь установить ratio legis наказуемости полицейскаго деликта, онъ говоритъ, что это—„недовѣріе законодателя къ субъективной оцѣнкѣ потенціальнаго момента дѣйствія“ и для воспрепятствованія перепроизводства полицейскаго законодательства онъ установляетъ положеніе о томъ, что „разумнымъ образомъ, полицейскіе запреты и приказы могутъ касаться лишь *типично-опасныхъ дѣйствій*, наиболѣе часто повторяющихся и всего чаще влекущихъ за собой вредныя не всегда предвидимыя послѣдствія“ (стр. 394).

Установивъ сущность отличія полицейскаго деликта отъ уголовнаго, г. М. переходитъ далѣе къ анализу потенціальнаго момента дѣйствія спеціально въ сферѣ уголовной неправды и здѣсь вмѣсто обычнаго дѣленія преступныхъ дѣяній не причиняющія вреда и представляющія опасность вреда, онъ различаетъ три типа опасныхъ дѣяній въ зависимости отъ субъективнаго момента, въ нихъ содержащагося,—отношенія познавательной способности лицъ къ вредному явленію, лежащему въ основѣ репрессіи: это—намѣренно опасное, завѣдомо-опасное и мысленно-опасное дѣяніе. Различіе между первымъ и вторымъ типомъ онъ видитъ „въ свойствѣ отношенія, субъективнаго представленія о цѣли предпринятаго дѣйствія къ представленію о преступно-потенціальномъ значеніи послѣдняго“ (стр. 397),—если они совпадаютъ, то это—первый типъ, если нѣтъ—второй. Въ первомъ случаѣ опасность дѣйствія очевидна: „физическое дѣйствіе, замѣчаетъ онъ, коль скоро оно выполнено въ намѣреніи совершить преступленіе, уже тѣмъ самымъ пріобрѣтаетъ характеръ опаснаго... разъ существуетъ намѣреніе,

есть основаніе (?!) ожидать, что субъектъ не остановится на выполненномъ имъ первоначальномъ тѣлодвиженіи, но совершитъ и всѣ послѣдующія" (стр. 398). Среди преступныхъ дѣяній этой группы онъ спеціально останавливается на случаяхъ отсутствія результата, т. е. на потенціальной оцѣнкѣ дѣйствія покушенія. Во второмъ случаѣ „предметомъ оцѣнки является дѣйствіе, выполненное съ сознаніемъ возможныхъ уголовно-воспрещенныхъ послѣдствій, безъ желанія ихъ обусловить въ однихъ случаяхъ, съ непремѣннымъ желаніемъ избѣжать въ другихъ" (стр. 400). Здѣсь потенціальная оцѣнка должна происходить, по его мнѣнію, по совокупности физическихъ и психологическихъ условій, сокрытыхъ въ самомъ субъектѣ. Критерій же этого устанавливается авторомъ не по объективному масштабу, а субъективному:—„не та физическая или иная одаренность, которою субъектъ располагаетъ въ дѣйствительности но та, которую разумнымъ образомъ онъ могъ предполагать въ себѣ ко времени дѣйствія" (стр. 403) получаетъ здѣсь рѣшающее значеніе; въ случаяхъ этого рода „произвольное тѣлодвиженіе должно быть признано опаснымъ или неопаснымъ, единственно судя потому, сознавалъ ли субъектъ или нѣтъ, что его дѣйствіе грозитъ вреднымъ послѣдствіемъ" (стр. 402). Объясненія, почему возможенъ здѣсь именно такой критерій, сводится къ довольно необоснованному указанію на то, что „въ массѣ, in abstracto, дѣйствія, которыя субъектъ считаетъ опасными, есть полное основаніе дѣйствительно считать опасными" (ib). Третій типъ—мысленно опасное дѣйствіе, подъ которымъ авторъ понимаетъ неосторожность; здѣсь „пассивность воли потому и ставится въ вину субъекту, что не даетъ укорениться въ его сознаніи представленію о комбинаціи фактовъ, существовавшей въ дѣйствительности и заключавшей въ себѣ, по свидѣтельству опыта, опасность возникновенія вреднаго послѣдствія" (стр. 403). Изъ этого опредѣленія отдѣльныхъ типовъ опасныхъ дѣйствій, видно, что г. М. по моменту субъективному—предвидимости вредныхъ послѣдствій предпринимаемаго дѣйствія—считаетъ возможнымъ противупоставлять другъ другу, какъ типы опасныхъ дѣйствій—покушенія, дѣяніе, учиненное при наличности dolus essentialis и luxuria, и дѣяніе, учиненное неосторожно. Всюду здѣсь видитъ онъ проявленіе опасности, только оцѣнка ея въ отдѣльныхъ случаяхъ дѣлается различная. Моментъ же виновности опредѣляетъ собой отдѣльные типы опасныхъ дѣйствій. Такимъ образомъ чисто объективное свойство дѣянія—опасность получаетъ оцѣнку по свойству субъективнаго момента дѣйствія. Происходитъ

смѣшеніе внутренней и внѣшней сторонъ преступленія, между тѣмъ субъективный моментъ предвидѣнія послѣдствія дѣянія долженъ обсуждаться независимо отъ самаго свойства опасности, понимаемой въ смыслѣ объективно абстрактномъ. Опасность даннаго дѣянія, если она имѣется въ наличности, не измѣняется оттого, намѣренъ ли былъ виновный избѣжать его послѣдствій, или же относится къ этому безразлично — послѣднее можетъ служить только для оцѣнки даннаго дѣянія съ точки зрѣнія его наказуемости, а не опасности. Но противъ этого г. М. именно и возржаетъ, принимая такъ называемую Vorstellunsstheorie, которая въ понятіе умысла вноситъ моментъ предвидѣнія послѣдствія. Однако, если стоять на единственно правильномъ опредѣленіи понятія вины, въ которомъ сущность усматривается въ моментѣ предвидѣнія послѣдствія, то слѣдуетъ рѣшительно отвергнуть то дѣленіе опаснаго дѣйствія на виды, которое мы находимъ у г. М. Если же даже и согласиться съ правильностью критики Vorstellunsstheorie со стороны автора, то спрашивается, какъ можно здѣсь использовать тотъ субъективный критерій, при которомъ оцѣнка происходитъ съ точки зрѣнія самого дѣйствующаго лица и который авторъ опредѣляетъ ближе слѣдующимъ образомъ: „въ основу абстракціи мы полагаемъ не дѣйствіе, какъ физическое тѣлодвиженіе, плюсъ тѣ или другія предшествующіе, сопутствующіе или послѣдующіе внѣшніе факты, поскольку они были или могли быть предусмотрѣны субъектомъ, но дѣйствіе, какъ сложный психо-физическій актъ, помимо какихъ-либо искусственныхъ приращеній“ (стр. 412)?

Отдѣльно отъ этихъ типовъ уголовныхъ дѣяній г. М. разсматриваетъ деликты нарушенія безопасности, которые онъ понимаетъ, какъ деликты формальные и при которыхъ оцѣнка опасности производится имъ нѣсколько иначе. „Характерная особенность деликта нарушенія безопасности, по его словамъ, состоитъ въ томъ, что инкриминируемое дѣйствіе должно представляться опаснымъ не только субъекту, но и судьѣ“, т. е. нужно, „чтобы опаснымъ его считалъ (или могъ считать) не только субъектъ дѣйствія, но и всякій иной добросовѣстный наблюдатель“ (стр. 415). Но при подобномъ толкованіи получается такой критерій, который едва ли можетъ быть пригоденъ только для той особой цѣли, для которой онъ установленъ. Вѣдь, при всякомъ деликтѣ, судья, оцѣнивая опасность его, долженъ разсмотрѣть, представляется ли данное дѣяніе ex ante, по свидѣтельству опыта такимъ, которое можетъ влечь за собой вредныя послѣдствія. Это происходитъ и при оцѣнкѣ покушенія и

безъ этого не можетъ обойтись ни одинъ судья при оцѣнкѣ потенціальнаго момента всякаго дѣйствія. Но, если и согласиться съ правильностью той конструкціи, которую авторъ установляетъ для этой послѣдней категоріи деликтовъ, то возникаетъ вопросъ, какъ же мы станемъ оцѣнивать тогда покушеніе на деликтъ нарушенія безопасности, каковое авторъ вполнѣ допускаетъ (стр. 416). Покушеніе есть дѣйствіе намѣренно опасное, притомъ опасное съ точки зрѣнія одного виновнаго, оцѣнка со стороны судьи здѣсь не имѣетъ мѣста, деликтъ же нарушенія безопасности есть дѣяніе опасное съ точки зрѣнія судьи и виновнаго. Какъ же въ такомъ случаѣ оцѣнивать покушеніе на это дѣяніе и кто долженъ это дѣлать? Выходъ тотъ, что здѣсь или нельзя говорить о покушеніи, что невозможно, или же надо признать, что все построеніе г. М. неправильно, а неправильно оно потому, что въ его основаніи лежитъ смѣшеніе виновности съ опасностью. Вся же схема деликтовъ г. М. совершенно не имѣетъ ничего общаго съ той схемой, которая принята въ доктринѣ, напр. съ системой Биндинга, хотя авторъ и считаетъ свою систему „въ общемъ совпадающей съ системой Биндинга“ (стр. 420).

Слѣдующій § 19 книги посвященъ выясненію вопроса о критеріи мѣры опасности. Въ этомъ отношеніи г. М. совершенно правильно замѣчаетъ, что „воспретить всякій рискъ за чужой счетъ законодатель не въ правѣ и не въ состояніи“ (стр. 420). Нѣкоторый рискъ необходимъ и потому нужно опредѣлить критерій опасности. При рѣшеніи этого послѣдняго вопроса авторъ примыкаетъ къ взгляду Гесса, находя, что „истинный критерій противоправно опаснаго дѣйствія судья въ состояніи установить, опираясь на требованія объективной морали и внутреннее правовое чувство“ (стр. 428). Такимъ критеріемъ онъ выдвигаетъ прежде всего мѣру грозящей опасности, а затѣмъ виновность субъекта, моральную цѣнность провоохраненнаго блага и моральную цѣнность того блага, которое противополагается благу нарушаемому; такимъ образомъ получается возможность компенсаціи однихъ мотивовъ на счетъ другихъ; такъ, малый размѣръ опасности компенсируется наличностью прямого умысла и особой цѣнностью правоохраненнаго блага и другими условіями, напр., степенью повторяемости дѣйствія. Но при этомъ г. М. рѣшительно отказывается придавать особое значеніе преобладающему соціальному интересу, какъ опредѣлителю мѣры дозволеннаго риска. Установляемый имъ критерій противоправной опасности дѣйствія используется имъ далѣе, какъ норма для от-

граниченія ненаказуемаго приготовленія отъ наказуемаго неоконченнаго покушенія, такъ какъ различіе между послѣдними онъ усматриваетъ лишь въ мѣрѣ опасности (стр. 432), хотя въ другомъ мѣстѣ книги, въ противорѣчіе самому себѣ, онъ замѣчаетъ, что „голый умыселъ и приготовленія не наказуемы уже потому, что они не опасны" (стр. 481). Но критерій этотъ здѣсь получаетъ большую неопредѣленность: по его словамъ, „мы должны признать дѣйствіе наказуемымъ (уже или только) съ того момента, когда оно пріобрѣтаетъ свойство уголовно-компрометирующаго, *по общему правилу*" (стр. 434), „установить же должную мѣру абстракціи дѣло судейскаго такта" (стр. 435). Что разумѣетъ здѣсь авторъ подъ уголовно-компрометирующимъ свойствомъ дѣйствія, неясно, а тѣ ближайшія основанія для сужденія объ опасности, которыя онъ приводитъ, такого рода, что въ концѣ концовъ мы имѣемъ дѣло съ одними презумпціями. Такъ, по его словамъ, покушеніе должно быть ненаказуемо, „если дѣяніе по условіямъ общественнаго быта, состава преступленія и способа выполненія дѣлаетъ умыселъ виновнаго явнымъ по общему правилу" (стр. 436). Но если подобное положеніе ввести въ опредѣленіе закона, какъ этого онъ хочетъ, то получится полная необезпеченность личной свободы, и мы вернемся къ эпохѣ презумпцій виновности. Представленіе о томъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ умыселъ становится явнымъ по общему правилу, приведетъ насъ къ представленію объ особой „подозрительности" дѣйствія, и въ дѣйствительности самъ авторъ и употребляетъ это выраженіе, оговариваясь однако, что „подозрительность эта разсматривается имъ не какъ доказательство вины, а какъ критерій опасности дѣйствія" (стр. 437 прим.). Но здѣсь опять смѣшеніе виновности съ опасностью: опасность по прежнему опредѣляется виновностью. Продолжая дальше анализъ критерія мѣры опасности, г. М. въ слѣдующемъ § 19 говоритъ о значеніи ошибки въ составѣ потенціальнаго момента дѣйствія, именно посвящая его ученію о негодномъ покушеніи. Какъ и по другимъ вопросамъ, мы не найдемъ и здѣсь подробнаго изложенія литературы вопроса; авторъ приводитъ взгляды лишь нѣкоторыхъ писателей. Самъ же онъ различіе между годнымъ и негоднымъ покушеніемъ усматриваетъ въ свойствѣ соотношенія представленія и дѣйствительности. „Если отдѣльные моменты дѣйствія, замѣчаетъ онъ, сохранили in concreto ту самую потенціальную характеристику, которую они имѣли въ субъективномъ представленіи, мы назовемъ покушеніе годнымъ, если не сохранили—негоднымъ"

(стр. 439). Покушеніе негодно, если причиной неуспѣха послужило ошибка въ познаніи. Анализу этой ошибки г. М. придаетъ большое значеніе и удѣляетъ ему довольно много мѣста, указывая на то, что ошибка субъекта можетъ имѣть характеръ антологическій или номологическій, можетъ относиться къ объекту преступнаго дѣйствія и къ избранному средству; въ свою очередь въ объектѣ онъ различаетъ объектъ воли и объектъ дѣйствія. Такимъ образомъ получается стройная схема изслѣдованія вопроса объ ошибкѣ при негодномъ покушеніи, и весь этотъ анализъ представляетъ большую цѣнность, обнаруживая въ авторѣ умѣніе строго логически анализировать изучаемыя явленія. Въ заключеніе, исходя изъ общаго своего представленія объ опасности, онъ приходитъ къ тому выводу, что „негодное покушеніе такъ же опасно, какъ и всякое иное годное“ (стр. 447). Но въ такомъ случаѣ для установленія ненаказуемости отдѣльныхъ случаевъ негоднаго покушенія ему необходимо было найти какое-нибудь основаніе и онъ придумываетъ его, прибѣгая къ признанію права гражданства за теоріей, потерявшей уже кредитъ въ наукѣ,—теоріей, разграничивавшей средства совершенія преступленія на абсолютно и относительно негодныя. По его словамъ, „нѣтъ абсолютно негодныхъ средствъ въ строго научномъ значеніи слова. Но юристъ при оцѣнкѣ средствъ долженъ держаться не научной, а практической точки зрѣнія. Если средство проявляетъ свою вредоностность только при совершенно исключительныхъ обстоятельствахъ, практически оно ничѣмъ не разнится отъ абсолютно негоднаго“ (стр. 451). Самая же оцѣнка этого должна производиться съ точки зрѣнія отношенія къ данному средству психики виновнаго, такъ что и здѣсь строго на первый планъ выступаетъ субъективный критерій. По словамъ г. М., „средство минимально опасно, если практическую негодность его прекрасно понимало само лицо дѣйствующее, обращающееся къ нему лишь въ надеждѣ на исключительную удачу. Употребленіе средства ненаказуемо, если, по свойству дѣйствія и степени его опасности, такъ поступить, какъ поступилъ субъектъ, не усумнился бы каждый bonus paterfamilias“ (стр. 454). Въ послѣднемъ случаѣ, повидимому, на сцену является уже и критерій объективный. Даже при средствахъ, избираемыхъ по крайнему невѣжеству, въ частности суевѣрныхъ, авторъ видитъ наличность опасности покушенія: „какъ и при всякомъ иномъ покушеніи, говоритъ онъ, мы встрѣчаемъ дѣйствіе, выполненное въ предположеніи, что за нимъ послѣдуетъ опредѣленный вредный резуль-

тать“ (стр. 457); поэтому, съ его точки зрѣнія, опасно и нашептываніе воды, если оно произведено въ сознаніи, что оно можетъ вредить здоровью и съ намѣреніемъ вредить. Принятіе въ основу оцѣнки субъективнаго критерія дѣлаетъ въ его глазахъ опаснымъ даже покушеніе на несуществующій объектъ (стр. 465). Признавъ такимъ образомъ, что и негодное покушеніе есть покушеніе опасное, г. М., однако, стремится опредѣлить причину его ненаказуемости, видя въ этомъ изъятіе изъ общаго правила о наказуемости опаснаго дѣйствія. Здѣсь рѣшающее значеніе получаютъ особыя политическія соображенія, и именно съ точки зрѣнія, общаго психологическаго присужденія (стр. 469). По его мнѣнію, эта ненаказуемость не есть требованіе уголовной политики, оно лишь примиримо съ ней. По этимъ соображеніямъ онъ въ концѣ концовъ, какъ и господствующее мнѣніе, признаетъ безнаказанность покушенія въ случаѣ обнаруженнаго крайняго невѣжества въ выборѣ и эксплоатаціи средствъ.

Слѣдующій § 21 посвященъ разсмотрѣнію каузальнаго и потенціальнаго моментовъ преступнаго бездѣйствія, но собственно о потенціальномъ моментѣ здѣсь говорится совсѣмъ мало, и этотъ § былъ бы цѣлесообразнѣе помѣстить сейчасъ же вслѣдъ за тѣмъ, который анализируетъ каузальный моментъ дѣйствія вообще. Здѣсь авторъ, въ противуположность господствующему воззрѣнію, отвергая понятіе причины въ смыслѣ causa offiences, выставляетъ для бездѣйствія требованіе причинной связи въ томъ же смыслѣ, какъ это установлено имъ раньше для дѣйствія, безусловно не соглашаясь съ возможностью признанія принципа: „изъ ничего не выйдетъ ничего“ (стр. 489). Съ его точки зрѣнія причинная связь для бездѣйствія не нуждается въ какихъ-либо изъятіяхъ изъ общаго ученія о каузальномъ моментѣ. Но при обсужденіи даннаго вопроса у автора встрѣчаются нѣкоторые дефекты. Такъ, здѣсь можно замѣтить одну странность въ томъ отношеніи, что авторъ смѣшиваетъ delictum omissionis съ delictum commissionis, совершаемомъ посредствомъ бездѣйствія, усматривая различіе между ними въ томъ, что въ первомъ случаѣ мы дѣло имѣемъ съ деликтомъ формальнымъ, а во второмъ—матеріальнымъ, тогда какъ въ обоихъ случаяхъ одинаково имѣется нарушеніе нормъ приказа (стр. 489),—съ чѣмъ едвали можно согласиться. Разбирая далѣе теоріи, которыя для бездѣйствія придумываютъ иное обоснованіе вмѣненія, чѣмъ для дѣйствія, онъ останавливается на выясненіи вопроса объ отношеніи бездѣйствія къ нормѣ уголовнаго закона. Въ этомъ от-

ношеніи въ интересахъ репрессіи, и вмѣстѣ съ тѣмъ и гражданской свободы, онъ требуетъ, чтобы вопросъ о наказуемости бездѣйствія былъ тщательно разсмотрѣнъ законодателемъ по каждому матеріальному деликту особо и чтобы эта отвѣтственность была спеціально оговорена въ законѣ, такъ какъ, по его мнѣнію, „только особая важность охраняемаго интереса или особыя бытовыя условія преступленія могутъ понудить законодателя привлечь къ уголовной отвѣтственности за вредный результатъ наряду съ виновникомъ активнымъ, также и пассивнаго" (стр. 512). По этому вопросу онъ выставляетъ тѣ же требованія, что и Листъ, исходившій, однако, изъ совершенно иныхъ соображеній, именно отвѣтственность должна быть признаваема: 1) если субъектъ былъ обязанъ озаботиться предотвращеніемъ послѣдствія и 2) если само опасное положеніе, обязывающее субъекта къ послѣдующему вмѣшательству, было создано, хотя бы и невиновнымъ образомъ, самимъ субъектомъ (стр. 513). Но, какъ и у Листа, у г. М. остается открытымъ вопросъ о томъ, когда же эта обязанность имѣется на лицо. А это и слѣдовало бы по возможности выяснить, такъ какъ только при выполненіи этого условія анализъ каузальнаго момента бездѣйствія получаетъ цѣну, давая осязательные выводы. Все же ученіе г. М. о бездѣйствіи сводится къ установленію того положенія, что бездѣйствіе, по своему содержанію, есть неисполненіе извѣстной обязанности, послѣдствіемъ котораго является данное преступленіе.

Послѣдній § 22 книги занимается вопросомъ о каузальномъ и потенціальномъ моментахъ дѣйствія посредственнаго виновника. Но кромѣ того мы здѣсь находимъ цѣлое ученіе вообще о соучастіи, пока только еще намѣченное крупными штрихами и детально не разработанное. Выставить его автору понадобилось для обоснованія его взгляда о необходимости строить различіе между отдѣльными типами участвующихъ лицъ на анализѣ ихъ дѣйствій съ точки зрѣнія потенціальной оцѣнки послѣднихъ. Съ этой точки зрѣнія онъ проводитъ различіе между посредственнымъ виновничествомъ, совиновничествомъ и соучастіемъ, въ которомъ онъ въ свою очередь различаетъ два вида; въ одномъ изъ нихъ дѣйствіе виновнаго заключаетъ въ себѣ всѣ признаки состава преступленія, въ другомъ же дѣятельность виновнаго является съ характеромъ деликта акцессорнаго: „дѣйствіе субъекта здѣсь само по себѣ не содержитъ состава преступленія; субъектъ привлекается къ отвѣтственности только за содѣйствіе чужому преступленію" (стр. 519). Останавливаясь далѣе на выясненіи различія между совиновниче-

ствомъ и пособничествомъ, авторъ, разсмотрѣвъ очень бѣгло существующіе на этотъ счетъ взгляды и не соглашаясь съ ними, выставляетъ свой критерій разграниченія. И здѣсь онъ на первый планъ выдвигаетъ моментъ сравнительной опасности, опредѣляемой по субъективному критерію; „изъ двухъ дѣйствій,—говоритъ онъ, имѣя въ въ виду соучастіе перваго вида,—содержащихъ каждое полный составъ преступленія, совмѣстно обусловливающихъ преступный результатъ или создающихъ опасность его реализаціи—болѣе опасное составитъ дѣйствіе совиновникъ, менѣе опасное—дѣйствіе соучастникъ" (стр. 525); „дѣйствіе опасно, продолжаетъ онъ, поскольку субъектъ предвидѣлъ наступленіе вреднаго результата по состоянію своихъ онто—и номологическихъ знаній" (Ib.). Но этого критерія ему оказываетси недостаточно, и онъ, кромѣ этихъ общихъ требованій, такъ же, какъ и при разграниченіи покушенія отъ приготовленія, выставляетъ еще требованіе „типичности опасности дѣйствія". „Опасность дѣйствія, замѣчаетъ онъ, мы назовемъ типичной, если дѣйствіе типично, какъ способъ выполненія даннаго состава преступленія, если, поступая такимъ образомъ, можно вообще съ удобствомъ совершать подобнаго рода преступленія и—что особенно важно въ данномъ случаѣ—не используя непремѣнно умышленно-виновной дѣятельности третьихъ лицъ" (стр. 526). Какъ понимаетъ онъ эту типичность опасности и насколько этотъ критерій, впервые въ наукѣ выдвинутый для разграниченія отдѣльныхъ типовъ участвующихъ лицъ, правиленъ, можно судить по тѣмъ примѣрамъ „несовершенныхъ" способовъ совершенія преступленія, которые онъ приводитъ. Оказывается, что опаиваніе ночнаго сторожа съ цѣлью совершить лишеніе жизни кого нибудь—есть „несовершенный способъ лишенія жизни" (стр. 526). Въ общемъ авторъ защищаетъ существующій въ законодательствѣ институтъ соучастія, не соглашаясь, однако, съ господствующей теоріей соучастія, и возраженія, сдѣланныя проф. Фойницкимъ въ отношеніи соучастія, онъ считаетъ вполнѣ правильными, поскольку они сдѣланы противъ этой теоріи, а не противъ самаго института. Вообще же онъ полагаетъ, что „институтъ соучастія не заключаетъ въ себѣ нарушенія основныхъ началъ уголовной отвѣтственности" (стр. 544), и предлагаетъ реформировать его, выставивъ свою формулу для опредѣленія состава о наказуемости посредственнаго виновничества въ широкомъ смыслѣ, въ которой отвѣтственность, въ случаѣ совмѣстной дѣятельности, опредѣляется „по совокупности признаковъ своего и чужихъ дѣйствій" (стр. 545).

Таково содержаніе книги г. Мокринскаго. Книга эта безъ сомнѣнія представляетъ научный интересъ, являясь виднымъ вкладомъ въ нашу въ общемъ небогатую литературу уголовнаго права. Въ ней не мало интересныхъ, оригинальныхъ и свѣжихъ мыслей. Самая попытка автора возвести понятіе опасности во всемъ разнообразіи ея проявленіяхъ на степень особаго и самостоятельнаго предмета изученія безусловно заслуживаетъ вниманія. Наконецъ, большое значеніе представляетъ то, что авторъ постоянно считается съ соображеніями уголовной политики и выдвигаетъ на должное мѣсто уголовно-этическія соображенія; онъ стремится всюду выяснить тѣ соображенія, которыми руководствовался законодатель, выставляя то или иное свое опредѣленіе. Это все въ значительной мѣрѣ оживляетъ работу, посвященную довольно сухой темѣ.

Но какъ бы то ни было, нельзя сказать, чтобы авторъ вполнѣ справился съ своей задачей. Понятіе опасности у него тѣсно соприкасается съ понятіемъ виновности, хотя онъ и пытается отклонить всякія подозрѣнія на этотъ счетъ. И, быть можетъ, г. Мокринскій поступилъ бы правильнѣе, если бы въ намѣченномъ имъ планѣ изложенія своей темы онъ раньше изложилъ ученіе о виновности, а затѣмъ ужъ обратился къ ученію объ опасности. Это показало бы ему, что при выдвигаемомъ имъ объективно-субъективномъ критеріи опасности приходится привлекать къ объясненію понятія опасности совершенно самостоятельное отъ него понятіе виновности. Въ концѣ концовъ оказывается, что авторъ, отрицая такъ рѣшительно правильность теоріи адэкватнаго причиненія, ея сущность все-таки примѣняется mutatis mutandis при конструированіи понятія потенціальнаго момента. Въ виду этого слѣдуетъ надѣяться, что анализъ вопроса о виновности покажетъ г. Мокринскому всю неправильность его конструкціи опасности и заставитъ его измѣнить ее, указавъ ему, что моментъ опасности не нуждается вовсе для своего объясненія въ моментѣ виновности.

Проф. А. Жижиленко.

Iohannes Biermann, Professor der Rechte, *Die öffentlichen Sachen.* Giessen 1905.

Кто знакомъ съ направленіемъ нѣкоторыхъ трудовъ нашего автора—небезызвѣстнаго въ Германіи романиста —, тотъ едва ли будетъ удивленъ, что предметомъ настоящаго изслѣдованія снова оказалось явленіе, которое, хотя и относится къ области гражданскаго права, но вмѣстѣ съ тѣмъ необыкновенно тѣсно соприкасается съ правомъ публичнымъ. Обработка подобныхъ темъ, естественно, представляющихъ особенный интересъ, заслуживаетъ въ полной мѣрѣ признательности и поощренія. Въ частности нельзя не привѣтствовать новаго опыта систематическаго обозрѣнія такого института, какъ публичныя вещи въ гражданскомъ правѣ, когда этотъ опытъ имѣетъ цѣлью использовать позднѣйшія законодательства и воззрѣнія, высказанныя въ современной юридической литературѣ. Для образованнаго цивилиста, размышлявшаго объ общественныхъ вещахъ, хотя бы только на почвѣ знаменитаго Базельскаго процесса, не тайна, что проведеніе здѣсь границы между міромъ частно-правныхъ и міромъ административно-правныхъ отношеній становится дѣломъ все болѣе и болѣе труднымъ, что, въ связи съ постепенной соціализаціей или, скажемъ, муниципализаціей нѣкоторыхъ категорій вещей, здѣсь измѣняется весьма и весьма многое—пусть, быть можетъ, медленно, однако въ общемъ послѣдовательно и неуклонно, и притомъ къ невыгодѣ, очевидно, сферы вліянія права частнаго.

Констатировавъ, что римское понятіе „res publicae“ обнимаетъ совершенно разнородное содержаніе, а потому является чрезмѣрно широкимъ и, стало быть, непригоднымъ, что, далѣе, другая, римская же, категорія „res divini iuris“ окончательно устарѣла, а вещи, подъ нее подводившіяся, не должны болѣе отдѣляться отъ разряда общественныхъ вещей,—Бирманъ ставитъ себѣ задачу открыть новое понятіе и построить новое зданіе публичныхъ вещей, заимствовавъ для него матеріалы изъ источниковъ римскаго права только въ части—лишь поскольку въ этихъ источникахъ еще могутъ быть найдены положенія жизнеспособныя.

Къ числу такихъ, сохранившихъ свой смыслъ, положеній авторъ относитъ извѣстное различеніе: „res quae in pecunia (patrimonio) populi habentur“ и „res quae in publico usu habentur“. И въ настоящее время, по его справедливому мнѣнію, необходимо отличать, съ

одной стороны, частное имущество публичныхъ юридическихъ лицъ (государства, общинъ) и, съ другой, имущество общественное. Подъ первую категорію подойдутъ тѣ вещи, которыя служатъ собственнику, исключительно или главнѣйшимъ образомъ, своей *доходностью*, каковы, напримѣръ, государственныя имущества (домены), торговыя и промышленныя предпріятія, если они удовлетворяютъ сейчасъ указанному критерію, далѣе, нѣкоторыя движимости—деньги, билеты нѣмецкихъ казенныхъ лотерей и т. д. Это во-первыхъ. Къ этой же категоріи, во-вторыхъ, будутъ принадлежать и тѣ вещи, которыя въ рукахъ государства или общинъ служатъ для преслѣдованія также другихъ цѣлей, кромѣ полученія дохода. Таковы предпріятія, имѣющія ввиду пользу общественную и съ этой точки зрѣнія даже, быть можетъ, необходимыя, но въ то же время эксплоатируемыя въ большинствѣ случаевъ частными и лишь по исключенію публичными лицами. Государство и общины здѣсь не считаются или *еще* не считаются (порою: *болѣе* не считаются) обязанными заботиться непосредственно объ удовлетвореніи данной общественной потребности. А такъ какъ входящія въ подобныя предпріятія вещи, когда предпріятія—достояніе частныхъ лицъ, безспорно являются вещами частными, то нѣтъ основанія не считать ихъ неизмѣнно частными же и тогда, когда лицо предпринимателя изъ частнаго стало публичнымъ. Естественно, что взглядъ по вопросу о томъ, что̀ относится къ кругу обязанностей государства и общинъ, мѣняется: въ связи съ тѣмъ измѣняется, передвигается и граница между res privatae и res publicae. *Въ настоящее время* рѣчь могла бы идти здѣсь о слѣдующихъ имуществахъ. Прежде всего о рудникахъ, копяхъ и т. п. Нынѣ рудники разрабатываются, напримѣръ въ Германіи, преимущественно индивидуальными предпринимателями, товариществами, акціонерными компаніями. Но не исключена возможность, что въ будущемъ горное дѣло тамъ станутъ разсматривать, какъ привилегію и обязанность государства. Разъ такой взглядъ получитъ распространеніе и практическое осуществленіе, имущества (особенно недвижимыя), служащія дѣлу эксплоатаціи какого-нибудь рудника, тѣмъ самымъ обратятся въ вещи общественныя. Въ томъ же положеніи находятся предпріятія, поддерживающія мѣстное сообщеніе (трамваи, подъѣздные пути и т. д.), въ противоположность желѣзнымъ дорогамъ, соединяющимъ сравнительно отдаленныя другъ отъ друга мѣста, обслуживающія большія пространства. Что касается Германіи, то въ ней сооруженіе этихъ крупныхъ путей сообщенія, а равно завѣдываніе ими

разсматривается, какъ одна изъ задачъ *государства*, вслѣдствіе чего и имущества, входящія въ эти гигантскія предпріятія, считаются публичными. Далѣе, къ числу частныхъ вещей Бирманъ и для нашего еще времени правильно относитъ городскіе газовые и электрическіе заводы (въ отличіе отъ городского же водопровода: снабженіе населенія водою составляетъ—вопреки Беккеру, System I, 334—несомнѣнную обязанность мало-мальски разросшагося городского общества), затѣмъ, государственныя торговыя заведенія, какъ положимъ, Прусская фарфоровая мануфактура, или германская Имперская типографія, или казенные ломбарды, наконецъ, городскіе театры, городскія народныя бани и купальни и т. п. и даже городскія и государственныя больницы, хотя, прибавляетъ авторъ, по адресу послѣднихъ вопросъ представляется уже довольно сомнительнымъ.

Замѣчу, что признакъ, положенный Бирманомъ въ основаніе намѣченной категоріи вещей, будучи и по нашему мнѣнію безусловно правильнымъ, не отличается, однако, особенной новизной. Взглядъ во всякомъ случаѣ чрезвычайно близкій къ изложенному уже сравнительно давно прекрасно развитъ Регельсбергеромъ въ его образцовомъ курсѣ пандектнаго права, къ сожалѣнію, остановившемся на первомъ томѣ. Регельсбергеръ (§ 112) выдвигаетъ моменты необходимой потребности, съ одной стороны, а, съ другой, той общей опасности, которая могла бы наступить при передачѣ въ частныя руки предпріятія, призваннаго удовлетворять такую именно необходимую потребность. Правда, оговаривается тутъ же Регельсбергеръ, „необходимость“ и „общая опасность“—понятія растяжимыя, но въ общемъ, мудро заключаетъ онъ, гражданскій судья долженъ помнить, что нельзя односторонне сосредоточивать вниманіе на частномъ интересѣ.

По вопросу о правовомъ положеніи частныхъ вещей, принадлежащихъ публичнымъ юридическимъ единицамъ, Бирманъ вполнѣ вѣрно разсуждаетъ, присваивая имъ положеніе принципіально ничѣмъ не отличное отъ таковыхъ же вещей частныхъ обладателей. Онѣ состоятъ въ собственности государства или общества, могутъ быть обременены залогомъ и т. п., могутъ быть и отчуждаемы. То обстоятельство, что для отчужденія иногда требуется разрѣшеніе высшаго административнаго или иного органа, не мѣняетъ дѣла, какъ не обращается, положимъ, вслѣдствіе подобнаго же требованія имущество подопечнаго изъ имущества частнаго въ публичное. И воздѣйствію со стороны кредиторовъ res in patri-

monio populi точно также подвержены. Здѣсь не имѣетъ силы германское гражданское уложеніе, а примѣняются нормы отдѣльныхъ партикулярныхъ законодательствъ [1]), эти нормы весьма разнообразны и обставляютъ судебное исполненіе рѣшенія особыми формальными условіями, а подчасъ и вовсе исключаютъ его допустимость, отсылая къ порядку административному, — но и это, естественно, не способно лишить интересующія насъ здѣсь вещи ихъ природнаго характера, какъ вещей частныхъ.

Въ дѣлѣ различенія публичныхъ вещей Бирманъ слѣдуетъ Дернбургу (Pandekten I § 71) и его извѣстному дѣленію res publicae на вещи, находящіяся въ общемъ употребленіи граждaнъ или публики, и вещи, предназначенныя для общественной службы. (Вмѣсто того, Гирке, въ недавно появившемся второмъ томѣ своего „Deutsches Privatrecht", § 102, говоритъ о „публичныхъ вещахъ въ широкомъ и тѣсномъ смыслѣ слова"). Кругъ публики, въ первомъ случаѣ, можетъ и не быть неограниченнымъ, онъ можетъ быть и шире и уже, можетъ обнимать только жителей одной, скажемъ, общины. Но непремѣнно требуется, чтобы пользованіе вещью было дано безъ дальнѣйшаго, не зависѣло отъ спеціальнаго допущенія собственника, отъ заключенія съ нимъ договора. Таковы, кромѣ извѣстныхъ дорогъ, рѣкъ и т. п.: мосты, гавани, церкви, часовни, синагоги, кладбища. Наоборотъ, зданія судебныхъ и вообще правительственныхъ учрежденій, общественныя школы, казармы, тюрьмы, мѣста для стрѣльбы, крѣпости, а изъ движимостей мебель и вообще обстановка въ указанныхъ правительственныхъ зданіяхъ, телеграфные аппараты, письменныя принадлежности, учебныя пособія въ школахъ въ родѣ глобусовъ, стѣнныхъ картъ, коллекцій, предметы, нужные для отправленія богослуженія, и т. д., — все это относится ко второй категоріи публичныхъ вещей. Къ ней же могутъ принадлежать и вещи потребляемыя.

Юридическую природу res publicae авторъ разсматриваетъ, какъ и слѣдуетъ ожидать, особенно внимательно. Онъ останавливается отдѣльно на періодѣ до вступленія въ силу германскаго гражданскаго уложенія и на періодѣ послѣ того, начиная 1900 годомъ, причемъ каждый разъ подвергаетъ разбору вопросы: о правѣ собственности, о его ограниченіяхъ вслѣдствіе назначенія вещи и о защитѣ общаго пользованія вещью.

[1]) См. законъ о введеніи въ дѣйствіе германскаго устава гражданскаго судопроизводства въ новой редакціи 1898 года (E. G. zur C. P. O.) § 15 п. 3.



Мы не будемъ здѣсь передавать полностью содержанія соотвѣтственныхъ параграфовъ работы Бирмана. Отмѣтимъ только, что по адресу чистаго римскаго права онъ держится, касательно *права собственности*, того (въ свое время защищавшагося Дернбургомъ противъ Келлера и Іеринга, а нынѣ почти общепризнаннаго) взгляда, что Corpus iuris знаетъ частноправный dominium государства и для вещей публичныхъ. Весьма убѣдительнымъ, между прочимъ, ему кажется, и не безъ основанія, знаменитое мѣсто изъ институцій Юстиніана (§ 39 de rer. divis.), въ которомъ половина клада, найденнаго въ locus publicus, присуждается государству, съ проведеніемъ параллели между этимъ случаемъ и присужденіемъ той же половины императору или казнѣ при открытіи клада въ locus Caesaris или locus fiscalis, земельныхъ участкахъ, характеръ коихъ, какъ вещей частныхъ, внѣ всякаго спора.

Точку зрѣнія *пандектнаго* права авторъ старается выяснить изъ судебной практики, особенно же изъ обзора авторитетныхъ курсовъ даннаго права. Эти курсы, по его вѣрному замѣчанію, являлись источникомъ права въ большей, пожалуй, степени, чѣмъ само Юстиніаново законодательство.

Мнѣнія корифеевъ-пандектистовъ, какъ Вандшейдъ, Дернбургъ, Регельсбергеръ, Беккеръ, Вехтеръ (съ которыми въ общемъ согласна и монографическая литература—Wappäus, Kappeler, Ubbelohde—, а равно литература германистическая — Штоббе, Гирке и др.), приводятъ къ заключенію, что по новому римскому праву res publicae признавались собственностью государства, общины и т. п. Только относительно публичныхъ водъ и, главнымъ образомъ, рѣкъ шелъ споръ, оставшійся нерѣшеннымъ: одни на нихъ смотрѣли не иначе, чѣмъ на прочія публичныя вещи, другіе причисляли ихъ къ res nullius. Упоминанія заслуживаетъ, что и вещи, служащія церковнымъ цѣлямъ, канонистами—какъ католическими, такъ и протестантскими—считаются объектами права собственности. Все это находитъ себѣ полное подтвержденіе въ рѣшеніяхъ высшихъ судебныхъ мѣстъ Германіи, неоднократно признававшихъ, напримѣръ, за городами право собственности на улицы, тротуары, церковныя зданія.

Изъ партикулярныхъ правъ прусское въ общемъ почти совпадало съ пандектнымъ. Поучителенъ процессъ, который велъ городъ Бреславль съ почтовымъ вѣдомствомъ. Послѣднее покрыло площади и улицы Бреславля, не испросивъ у города разрѣшенія,

сѣтью телеграфныхъ и телефонныхъ проволокъ. Гражданскій судъ, объявивъ себя компетентнымъ разрѣшить споръ, высказался противъ почтоваго вѣдомства, мотивируя свое рѣшеніе тѣмъ, что публичные союзы, въ равной съ частными лицами мѣрѣ, могутъ воспретить устройство сооруженій, возвышающихся надъ поверхностью ихъ земельнаго участка и препятствующихъ свободному пользованію имъ. Наоборотъ, французское право (Code civil ст. 538, 540) всѣ содержимые на счетъ государства пути сообщенія, судоходныя или сплавныя рѣки, морскіе берега, укрѣпленія, гавани, рейды и „вообще всѣ части территоріи, не могущія состоять въ частной собственности“, причисляетъ къ „domaine public“. Что именно разумѣть подъ этимъ терминомъ, законъ не выясняетъ съ точностью, но communis opinio во Франціи и въ практикѣ и въ наукѣ склоняется къ отрицанію частнаго права на публичную вещь, относя господство на нее всецѣло къ области права публичнаго. Не безъинтересно еще, что аналогичное мнѣніе имѣетъ своихъ представителей и среди нѣмецкихъ ученыхъ, для пандектнаго и отчасти прусскаго права, и притомъ среди теоретиковъ не только государственнаго и административнаго права (Отонъ Майеръ), но и среди романистовъ (Эйзеле и его теорія „публицистической“ собственности).

Обращаясь къ *ограниченіямъ* права собственности на публичныя вещи, авторъ констатируетъ, что главнѣйшей чертою здѣсь принято считать внѣоборотность, характеръ вещи, какъ res extra commercium. Этотъ взглядъ—римскій. Риму былъ извѣстенъ не только commercium лицъ (Ulp. XIX, 5), но и commercium вещей. Подъ послѣднимъ понималось, прежде всего, что вещь можетъ служить предметомъ дѣйствительной купли-продажи, причемъ съ куплей-продажей ставились на одну линію залогъ и завѣщательный отказъ, а, вѣроятно, и прочіе способы отчужденія. Неспособность быть объектомъ всего этого и дѣлаетъ изъ вещи res extra commercium. Этимъ предупреждается тотъ нежелательный фактъ, что вещь перестаетъ служить общему пользованію. Въ общемъ пользованіи, въ цѣлевомъ назначеніи вещи, такимъ образомъ, заключается смыслъ и основаніе ограниченія. Правда, чистое римское право изъ своей мысли не вывело всѣхъ послѣдствій. Это выпало на долю уже права новаго, которое добавимъ, выработало соотвѣтственныя положенія не путемъ законодательства, а преимущественно путемъ обычноправовымъ, съ достаточнымъ притомъ однообразіемъ для отдѣльныхъ территорій Германіи. Положенія эти могутъ быть сведены къ слѣдующему:



1. Недопустимы фактическія распоряженія, противорѣчащія назначенію публичной вещи. Примѣры: загражденіе общественной дороги, закрытіе народной читальни и т. п.

2. Недопустимо со стороны собственника препятствованіе такому воздѣйствію третьихъ лицъ на публичную вещь, которое согласно съ ея назначеніемъ.—Разумѣется, въ какомъ-нибудь отдѣльномъ случаѣ можетъ и не быть безспорнымъ, въ чемъ состоитъ назначеніе вещи и общественное ею пользованіе—открыта ли, напримѣръ, дорога только для пѣшеходовъ, или безъ такого ограниченія. Но это quaestio facti.

3) Собственникъ общественной вещи обязанъ принимать тѣ положительныя мѣры, которыя необходимы для того, чтобы вещь могла удовлетворять своему назначенію. Примѣръ: ремонтъ. Нерѣдко, впрочемъ, на этотъ счетъ издаются публичноправовыя нормы, опредѣляющія, на кого падаетъ обязанность содержать въ исправности дороги, рѣки и т. д.

4) Юридическая сдѣлка относительно публичной вещи, устраняющая вполнѣ или частью ея назначеніе, недѣйствительна. Такой сдѣлкой можетъ оказаться установленіе реальнаго сервитута или пользовладѣнія или передача въ собственность,—но можетъ и не оказаться. Такъ, имперскій судъ (R.G.E. 31, 220) призналъ дѣйствительнымъ отчужденіе римско-католической церкви въ пользу частнаго лица, въ виду того, что этимъ не затрагивается назначеніе зданія и его отношеніе къ общественному богослуженію, но вмѣстѣ съ тѣмъ полагалъ, что собственникъ церкви не вправѣ препятствовать общинѣ пользоваться церковью для названной цѣли богослуженія, и, соотвѣтственно, присудилъ его къ выдачѣ ключей отъ церковнаго зданія.

5) Недопустимо пріобрѣтеніе правъ, противорѣчащихъ назначенію публичной вещи, и какимъ-либо инымъ способомъ, кромѣ юридической сдѣлки,—въ частности путемъ давности. Исключеніе составляетъ по пандектному праву давность чрезвычайная.

6) Для исполнительнаго процесса должно имѣть ввиду тѣ отягчающія производство формы, о которыхъ рѣчь была раньше. Поскольку здѣсь продажа съ торговъ предусмотрѣна, ее можно производить только при условіи сохраненія публичной вещью ея назначенія.

7) Обязательственная сдѣлка, направленная на публичную вещь, напримѣръ, отдача ея въ наемъ, является сдѣлкою, предметъ

коей—дѣйствіе невозможное въ той мѣрѣ, въ какой исполненіе сдѣлки шло бы въ разрѣзъ съ назначеніемъ вещи.

По вопросу о *защитѣ* интереса, заключающагося въ поддержаніи назначенія вещи, Бирманъ основательно замѣчаетъ, что эта защита составляетъ, главнѣйшимъ образомъ, задачу *публичнаго* права—уже со времени древняго Рима. *Частноправная* защита встрѣчается, да и вообще возможна лишь какъ защита общественнаго пользованія: охраненіе путемъ гражданскаго иска еще какой-нибудь другой публичной цѣли, осуществляемой публичными вещами, едва ли мыслимо. Въ намѣченныхъ сейчасъ предѣлахъ уже римское право предоставляло, если не общія и даже не всегда достаточныя, то все же многочисленныя и разнообразныя средства. Напомнимъ только объ интердиктахъ, по большей части народныхъ, прогибиторныхъ или реституторныхъ: объ interdictum ne quid in loco publico, interdictum ne quid in via publica itinereve publico fiat immittatur....., interdictum quod in via publica itinereve publico immissum habes .... и т. д. Сюда же относится рядъ интердиктовъ для защиты опредѣленнаго пользованія публичными рѣками, далѣе, interdictum quod vi aut clam, operis novi nuntiatio и даже actiones de effusis et deiectis, de positis et suspensis и друг., наконецъ, actio iniuriarum. Въ новомъ римскомъ правѣ большинство этихъ средствъ удержалось,—правда, не безъ ограниченій и въ особенности не безъ утраты народными интердиктами этого присущаго имъ въ Римѣ характера: ихъ стали предоставлять лишь тому, кто лично испыталъ вредъ вслѣдствіе воспослѣдовавшей помѣхи общему пользованію, причемъ предметомъ иска было обязательно возмѣщеніе причиненнаго ущерба.

Какія измѣненія въ нарисованную картину внесло введеніе германскаго гражданскаго уложенія? Для правильнаго отвѣта на этотъ вопросъ, надлежитъ обратиться къ закону о введеніи въ дѣйствіе уложенія (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche). Такъ какъ уложеніе стремится, въ области гражданскаго права, создать единство права для всей Германіи или, другими словами, обратить принципіально все гражданское право въ право имперское, то статья 55-ая закона гласитъ: „частноправныя нормы законодательства отдѣльныхъ территорій теряютъ свою силу, развѣ бы въ гражданскомъ уложеніи или въ настоящемъ законѣ было постановлено иное“. Отсюда слѣдуетъ, что 1) публичное право попрежнему осталось территоріальнымъ, или партикулярнымъ, и 2) въ такомъ же положеніи пребываютъ и впредь нѣкоторые отдѣлы

права гражданскаго, которые и дальше могутъ развиваться въ порядкѣ старомъ, а не общеимперскомъ (E. G. zum B. G. B. ст. 218). Изъ этихъ отдѣловъ здѣсь насъ интересуютъ: все водное право, со включеніемъ нормъ для плотинъ, шлюзовъ и т. п. (E.G. ст. 65 и сл.), и по крайней мѣрѣ часть права дорожнаго (статья 113-ая закона о введеніи, трактующая и о дорогахъ, толкуется различно: Дернбургъ, Oertmann, Rehbein относятъ *все* дорожное право къ Landesrecht, между тѣмъ какъ большинство коментаторовъ послѣднему подчиняютъ только регулированіе дорогъ). Поскольку, за этими и нѣкоторыми другими (см. еще, напримѣръ, E. G. ст. 133 о церковныхъ зданіяхъ и кладбищахъ) выдѣлами, публичныя вещи оказываются въ сферѣ общеимперскаго права, онѣ, естественно, подпадаютъ подъ дѣйствіе гражданскаго уложенія. Мы видѣли, что эти вещи, по пандектному и прусскому земскому правамъ, допускаютъ, согласно господствующему мнѣнію, право собственности. Это послѣднее, со вступленіемъ въ силу германскаго гражданскаго уложенія, очевидно, превратилось въ право собственности *этого уложенія* (E. G. ст. 181: „Къ собственности, существующей ко времени вступленія въ силу гражданскаго уложенія, съ этого времени получаютъ примѣненіе нормы гражданскаго уложенія"). И отнынѣ на него распространяются, напримѣръ, всѣ ограниченія, принятыя на этотъ счетъ уложеніемъ (B. G. B. §§ 904—924) и, какъ извѣстно, не во всемъ совпадающія съ аналогичными же предписаніями пандектнаго права или нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексовъ.

Болѣе или менѣе споренъ вопросъ, предоставляются ли новѣйшимъ германскимъ правомъ частноправныя средства защиты общаго пользованія, взамѣнъ интердиктовъ, исчезнувшихъ, надо полагать, въ отмежеванныхъ уложенію границахъ, даже въ ихъ позднѣйшемъ сравнительно скромномъ значеніи, на которое нами выше указывалось. Или иначе: существуетъ ли въ Германіи и послѣ 1 января 1900 года субъективное частное право на общее пользованіе? Въ теоріи пандектной такое право признавалось. Но, во-первыхъ, далеко не всѣми: его противники—Бринцъ, Ранда и др. И, во-вторыхъ, даже сторонники его далеко не были согласны между собою относительно его существа. Такъ, Беккеръ и Регельсбергеръ усматривали въ немъ вещное право sui generis; по Дернбургу, при помощи даннаго права, истецъ реагируетъ противъ покушенія на его личность, состоящаго въ умаленіи его участія въ общемъ пользованіи, и т. д. Но какъ бы то ни было,

разсуждаетъ Бирманъ, а съ введеніемъ въ Германіи гражданскаго уложенія въ ней нѣтъ мѣста частному праву на общее пользованіе. Отчего такъ? Оттого, что съ этихъ поръ данное право не можетъ быть ни вещнымъ правомъ, ни правомъ личности. Вещнымъ оно не можетъ быть по той причинѣ, что вещныя права въ уложеніи перечислены исчерпывающимъ образомъ, и среди нихъ нѣтъ права на общее пользованіе. По своему содержанію оно, правда, могло бы считаться ограниченнымъ личнымъ сервитутомъ (B. G. B. § 1090), но дѣло въ томъ, что подобный сервитутъ устанавливается исключительно путемъ юридической сдѣлки и, слѣдовательно, не можетъ создаваться непосредственно силою закона. Но право на общее пользованіе не можетъ точно также быть однимъ изъ правъ личности, ибо германское гражданское уложеніе относится крайне недружелюбно къ этимъ правамъ, въ чемъ, къ сожалѣнію, сомнѣваться невозможно. Едва ли не единственное исключеніе допущено въ пользу права на имя (B. G. B. § 12). Въ признаніи отказано даже субъективному праву на честь. Послѣ того говорить о субъективномъ правѣ на общее пользованіе, конечно, произвольно. Мимоходомъ замѣтимъ, что, равнымъ образомъ, было бы неосновательно разсматривать право на общее пользованіе, какъ нѣкоторое гражданское право на участіе или, скажемъ, право членства: въ публичноправной корпораціи членство относится къ праву не гражданскому, а публичному, право членства здѣсь поэтому непремѣнно публичное, не подлежащее разрѣшенію въ порядкѣ гражданскаго процесса. Упомянемъ еще, что отрицая субъективное частное право на общее пользованіе въ современной Германіи, нашъ авторъ не только не стоитъ одиноко, но, напротивъ того, примыкаетъ къ многочисленному лагерю цивилистовъ: Endemann, Crome, Enneccerus, Kipp, члены имперскаго суда, редакторы мотивовъ къ уложенію и къ закону о введеніи его въ дѣйствіе,—всѣ они дружно отстаиваютъ ту же самую точку зрѣнія.

Въ концѣ своей работы, въ качествѣ дополненія къ ней, Бирманъ помѣщаетъ изложеніе и обсужденіе спора, происходившаго въ 1903 году въ городѣ Гиссенѣ относительно тамошняго кладбища. Споръ этотъ, дѣйствительно, не лишенъ интереса и съ юридической стороны—онъ можетъ служить хорошей иллюстраціей къ вопросу о значеніи публичности вещи—, хотя юридическая сторона, вѣроятно, всего менѣе повинна въ той страстности, съ которою велся споръ. Въ главныхъ чертахъ дѣло заключалось въ слѣдующемъ.

1-го іюля (н. ст.) 1903 года городомъ Гиссеномъ было открыто новое кладбище. На немъ отдѣльнымъ христіанскимъ исповѣданіямъ отдѣльныхъ мѣстъ не отведено, и погребеніе здѣсь происходитъ, безотносительно къ вѣроисповѣданію умершихъ, въ зависимости только отъ очереди. 9-го числа того же мѣсяца въ мѣстныхъ „Вѣдомостяхъ" появилось объявленіе, за подписью „перваго евангелическаго пастора" Гиссена, озаглавленное: „Новое кладбище и его освященіе". Въ немъ говорилось, что неблагопріятныя обстоятельства не позволили совершить освященіе кладбища при первомъ же погребеніи покойника евангелической вѣры, но что освященіе это будетъ совершено 10-го числа въ 5 часовъ пополудни при такомъ-то погребеніи, и будетъ оно заключаться въ томъ, что, согласно несложному евангелическому обряду, у могилы имѣетъ быть произнесено слово и прочитана молитва освященія. Однако, въ назначенное время освященія кладбища не произошло. Письмомъ на имя „перваго пастора" отъ 10 числа городской голова запретилъ совершеніе евангелическаго освященія кладбища, „развѣ бы удалось получить на то согласіе католическаго священника и обоихъ раввиновъ". Далѣе, въ виду послѣдовавшаго отказа католическаго священника дать свое согласіе, городской голова, отъ имени города, какъ собственника кладбища, и отъ имени кладбищенской администраціи, поспѣшилъ, вторымъ письмомъ на имя того же евангелическаго пастора, подтвердить свой запретъ, мотивируя его желательностью охраненія религіознаго мира и предоставляя освящать каждую могилу въ отдѣльности. Запретъ былъ, затѣмъ, того же дня доведенъ до всеобщаго свѣдѣнія посредствомъ опубликованія его въ мѣстной газетѣ. Въ отвѣтъ на это, евангелическое духовенство Гиссена принесло на городъ жалобу въ порядкѣ административномъ, но разрѣшеніе эта жалоба не успѣла получить, такъ какъ городская дума, на основаніи заключенія соединенныхъ, кладбищенской и юридической, коммиссій, въ засѣданіи своемъ отъ 2-го октября, постановила: „дозволить представителямъ мѣстныхъ религіозныхъ обществъ освящать не только отдѣльныя мѣста погребенія лицъ соотвѣтственнаго исповѣданія, но и всю ихъ совокупность". Согласно съ тѣмъ, въ ближайшее воскресенье, т. е. 4-го октября, было произведено евангелическое освященіе кладбища, и притомъ какъ самостоятельное богослужебное дѣйствіе, а не по случаю только погребенія.

Юридическая оцѣнка сообщенныхъ данныхъ врядъ ли можетъ вызвать серьезное разногласіе:

1. Не возбуждаетъ да и не возбуждало сомнѣнія, что кладбище принадлежитъ городу на правѣ собственности. Въ разнаго рода заявленіяхъ, статьяхъ, брошюрахъ и т. п., написанныхъ по дѣлу, и въ самой жалобѣ это обстоятельство признается противниками города съ достаточной откровенностью и прямотою.

2. Но, разумѣется, установленіе за городомъ права собственности на кладбище отнюдь не рѣшаетъ нашего спора. Нельзя забывать, что кладбище—вещь публичная и что, слѣдовательно собственность на него ограничена его назначеніемъ, тою цѣлью, ради которой оно служитъ. Этой стороны вопроса, повидимому, не уяснилъ себѣ съ полной отчетливостью городской голова. На протяженіи всего спора онъ, то и дѣло, устно и письменно, говоритъ о правѣ собственности города, всячески подчеркиваетъ значеніе частной собственности, протестуетъ противъ попытки ее нарушить и вторженія въ исключительное право распоряженія собственника, отождествляетъ право собственности на кладбище и на любой частный земельный участокъ, и т. д. Если бы, заявляетъ онъ однажды въ городской думѣ, согласиться со взглядомъ противниковъ, то нужно бы прійти къ заключенію, что церковь вправѣ отправлять богослуженіе противъ воли собственника, гдѣ ей угодно, что, напримѣръ, католической церкви дозволены богослужебныя дѣйствія въ евангелическомъ церковномъ зданіи. Разсужденіе явно ошибочное: что въ евангелической церкви не разрѣшена безъ дальнѣйшаго католическая церковная служба, вѣрно, но точно также вѣрно и то, что назначеніе церкви евангелическаго исповѣданія вовсе не въ томъ заключается, чтобы въ ней происходило католическое богослуженіе.

3. Въ чемъ же, однако, назначеніе кладбища, и какъ далеко это назначеніе простирается? Необходимо помнить, что собственникъ обязанъ допускать лишь такое воздѣйствіе третьихъ лицъ, которое соотвѣтствуетъ цѣли публичной вещи,—всякое другое онъ вправѣ устранить.

Назначеніе кладбища, очевидно, въ томъ, чтобы служить общимъ мѣстомъ погребенія. Стало быть, подъ это назначеніе подойдетъ все, что относится къ погребенію. Чтó въ отдѣльности сюда относится, опредѣляется обычаемъ и возрѣніемъ и, естественно, не можетъ не измѣняться. Для настоящаго времени справедливо будетъ сказать, что по общему правилу погребеніе лицъ христіанскихъ исповѣданій производится при участіи ихъ церкви, и что, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, даже люди, которые при

жизни не исполняютъ церковныхъ предписаній, никогда, быть можетъ, не посѣщаютъ церкви и т. п., что и тѣ ни для себя, ни для своихъ родныхъ и близкихъ не согласны отказаться отъ церковнаго погребенія. Отсюда слѣдуетъ, что собственникъ общественнаго кладбища, предназначеннаго для всѣхъ членовъ общества, не управомоченъ запретить участіе духовнаго лица въ погребеніи: подобный запретъ недѣйствителенъ. А такъ какъ, далѣе, формы этого участія и тѣ мѣропріятія, которыя необходимы, чтобы кладбище стало пригоднымъ для церковныхъ погребеній, естественно, нормируются церковью,—то и эти формы и мѣропріятія собственникъ кладбища точно также не вправѣ воспретить: и такое его распоряженіе было бы опять-таки недѣйствительно.

4. Это приводитъ насъ къ важнѣйшему во всемъ спорѣ вопросу,— правда, мало юридическому. Вопросъ слѣдующій: каково значеніе евангелическаго „освященія" („Weihe") кладбища? и насколько оно *требуется* ученіемъ евангелической церкви?

Самое выраженіе „Weihe", прежде всего, не должно вводить въ заблужденіе. Оно не изъ удачныхъ, такъ какъ вызываетъ представленіе объ „освященіи" въ смыслѣ католическомъ, что совершенно не отвѣчаетъ дѣйствительности. Подъ евангелическимъ освященіемъ кладбища слѣдуетъ разумѣть актъ торжественнаго объявленія о томъ, что произошло вступленіе въ пользованіе кладбищемъ. Въ великомъ герцогствѣ Гессенскомъ, напримѣръ, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, все существенное въ этомъ отношеніи исчерпывается формулою, гласящей, что во имя Господа Бога мѣсто берется въ пользованіе, какъ мѣсто послѣдняго упокоенія („Im Namen Gottes nehmen wir diese Stätte in Gebrauch als eine Ruhestätte für Erdenpilger").

Но, спрашивается дальше, *обязательно* ли такое освященіе по взгляду евангелической церкви? Едва ли. Этого не утверждаетъ и жалоба духовенства: въ ней церковное освященіе характеризуется только какъ одно изъ „традиціонныхъ обрядовыхъ дѣйствій гессенской евангелической церкви". И въ самомъ дѣлѣ: если бы интересующее насъ освященіе являлось своего рода condicio sine qua non, то какъ тогда смотрѣть на рядъ евангелическихъ же погребеній на новомъ кладбищѣ въ промежутокъ времени отъ его открытія и, во всякомъ случаѣ, до 10-го іюля? какъ могъ бы тогда первый пасторъ пріурочить освященіе не къ первому евангелическому погребенію, а къ одному изъ позднѣйшихъ?! Уже этого одного достаточно, чтобы видѣть, что освященіе не составляетъ необходи-

маго реквизита евангелическаго кладбища, что оно не обусловливается назначеніемъ кладбища служить общимъ мѣстомъ погребенія. Но если такъ, то собственникъ кладбища, очевидно, *вправѣ* запретить его освященіе.

Однако, именно вправѣ. Не болѣе. *Обязанности* запретить освященіе, какъ то первоначально полагалъ городской голова, на собственникѣ не лежитъ. Такая обязанность имѣлась бы только тогда, если бы освященіе кладбища противорѣчило его назначенію. Но подобнаго противорѣчія нѣтъ. Указанное евангелическое освященіе не измѣняетъ свойства кладбища, какъ мѣста погребенія для всѣхъ, и не превращаетъ его въ исключительно евангелическое, безъ возможности пользоваться имъ со стороны католиковъ, евреевъ, диссидентовъ и т. д. Уже въ объявленіи перваго пастора отъ 9 іюля выражена мысль, что освященіе лишь постольку распространяется на новое кладбище, поскольку послѣднее назначено служить для лицъ евангелическаго исповѣданія, а въ жалобѣ духовенства, намъ точно также хорошо извѣстной, говорится, пожалуй, еще понятнѣе: освященіе ограничивается будущими евангелическими могилами. Оно и неудивительно: въ освященіи могилъ иновѣрцевъ евангелическая церковь не заинтересована и къ нему не стремится. Такимъ образомъ, ясно, что никакой коллизіи съ назначеніемъ кладбища не наступило бы, если бы его собственникъ разрѣшилъ или, что то же, не помѣшалъ произвести освященіе, къ тому же, дѣйствительно, издавна практиковавшееся въ странѣ.

Окончательный выводъ изъ всего сказаннаго, думается, возможенъ только одинъ: въ пользу спорнаго акта. При намѣченномъ характерѣ акта, этотъ выводъ намъ представляется правильнымъ не только съ юридической, но и съ общечеловѣческой точки зрѣнія.

М. Я. Пергаментъ.

ВѢСТНИКЪ ПРАВА

ЖУРНАЛЪ ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

ПРИ

ИМПЕРАТОРСКОМЪ С.-ПЕТЕРБУРГСКОМЪ УНИВЕРСИТЕТѢ

ИЗДАВАЕМЫЙ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. М. ВИНАВЕРА, прив.-доц. В. М. ГЕССЕНА,
В. Д. НАБОКОВА и проф. І. А. ПОКРОВСКАГО.

XXXVI. КНИГА ТРЕТЬЯ. 1906.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1906.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

НАШИ ЕПИСКОПЫ И САМОДЕРЖАВІЕ.

Предсоборная коммиссія, много трудовъ и времени затратившая на рѣшеніе вопросовъ, связанныхъ съ судьбой русскаго православія, вынесла, хотя не новый, но для большинства нашего духовенства и общества на этотъ разъ неожиданный приговоръ: епископатъ попрежнему является шпицемъ въ русской церкви, тѣмъ фокусомъ, въ которомъ стягиваются всѣ нити церковности, отражаются и получаютъ печать правомѣрности всѣ проявленія религіозной мысли; духовенство же и міряне—это пассивный безличный матеріалъ, существующій какъ бы для того, чтобы своей безгласностью, смиреніемъ и безотвѣтной покорностью волѣ своего начальства подтвердить исторически возникшій и въ теченіе вѣковъ получившій силу непреложнаго догмата пунктъ, что сущность православія сводится къ принципу авторитета. Посмотримъ, насколько подобный приговоръ справедливъ предъ судомъ исторіи.

I.

Что не личность съ ея внутренними переживаніями, мрачными или жизнерадостными думами своего мятущагося духа, образуетъ главный моментъ въ дѣлѣ спасенія, а высоко стоящій надъ ней авторитетъ,—эта мысль, высказанная сначала въ качествѣ частнаго мнѣнія Климентомъ римскимъ, развитая затѣмъ Игнатіемъ, Иринеемъ, Кипріаномъ, Авгу-

стиномъ и др., возведена была вселенскими соборами на степень общеобязательной догмы. Съ того момента о религіозно-демократической общинѣ первоначальнаго христіанства остались лишь одни воспоминанія въ головахъ немногихъ идеалистовъ, мечтавшихъ о возвращеніи Іерусалимскаго „равенства и братства“, какъ золотой поры евангельской жизни. Епископъ путемъ постепенной эволюціи превратился изъ старѣйшины, мудраго наставника вѣры, въ начальника, диктатора, изрекавшаго проклятія и отлученія всѣмъ, кто по своему убѣжденію не хотѣлъ подчиниться тому шаблону, тому слѣпому обереганію старины, въ чемъ,—по мнѣнію господствующаго класса въ церкви,—заключалась сила правовѣрія.

Всякій, кто домогался правды, долженъ былъ искать ее не въ себѣ, не въ своей совѣсти, получать ее не путемъ подвига и долгой борьбы съ собой, онъ долженъ былъ созерцать ее уже въ готовомъ видѣ, воплощенной въ другомъ лицѣ, въ своемъ начальникѣ,—„намѣстникѣ Христа на землѣ“. Печальное заблужденіе! Тамъ, гдѣ человѣкъ долженъ быть оставленъ наединѣ съ своимъ моральнымъ идеаломъ, съ своей святыней, въ образѣ и содержаніи которой воплощаются индивидуальныя стремленія его „я“, стали допускать грубое вмѣшательство внѣшней силы, попирающей этотъ идеалъ и старающейся навязать ему то, что не можетъ усвоить ни его мысль, ни его совѣсть. Престижу епископскаго авторитета угрожала личная религіозная самодѣятельность, и онъ сталъ требовать внѣшняго подчиненія традиціоннымъ нормамъ, но этимъ самымъ онъ искажалъ идею вѣры.

Какъ ни убѣдительны были для того времени аргументы, при помощи которыхъ духовная схоластика оправдывала необходимость епископской церкви, но демократическій духъ первоначальной церковности разбилъ бы всѣ преграды, нагроможденныя исторіей, чтобы снова восторжествовать; безспорно,—личность, придавленная и оттѣсненная всей тяжестью внѣшней власти въ вопросахъ вѣры на задній планъ, съ прогрессомъ культуры поняла бы вкравшуюся ложь и сбросила бы съ себя сѣти, которыми она позволила себя раньше опутать, если бы на пути ея эмансипаціи не встала страшнымъ

пугаломъ государственная власть и если бы епископы имѣли мужество, не соблазняясь обѣщанными имъ приманками почета, жизненныхъ удобствъ и богатства, категорически заявить этой власти: „руки прочь! Нѣтъ общенія между любовью и святой вѣрой, которымъ мы призваны служить, и тѣми потоками крови, въ которыхъ ты недавно топила нашихъ великихъ борцовъ за религіозную свободу". Епископы не удержались отъ соблазна и публично, предъ всѣмъ міромъ, поклонились золотому тельцу.

Они до сихъ поръ должны были держать въ своихъ рукахъ только крестъ и противъ непокорныхъ дѣйствовать убѣжденіемъ и угрозой лишенія вѣчныхъ благъ,—но эти средства для пылкихъ и фанатичныхъ натуръ, расходившихся въ своемъ настроеніи съ епископскимъ credo, оказались недѣйствительны. Владыка хотѣлъ загнать всѣхъ вѣрующихъ въ одно стадо, хотѣлъ ихъ мысли и вѣру подогнать подъ одну мѣрку, чтобы не было почвы для протестовъ, чтобы въ своемъ imperium'ѣ водворить полный миръ и кладбищенскую тишину. Между тѣмъ появленіе ересей, которыя на почвѣ религіознаго индивидуализма росли, какъ грибы, разрушало епископскія иллюзіи. Чтобы искоренить эти нечестивые плевелы, нужно придать своимъ волеизъявленіямъ санкцію болѣе надежную, чѣмъ простая угроза небесными карами. Такъ пусть же государственная власть возьмется за истребленіе еретиковъ и пусть всякое уклоненіе отъ церковнаго образца будетъ считаться преступленіемъ, наказуемымъ по всей строгости государственныхъ законовъ.

И государство византійское охотно взялось за роль палача религіозной мысли. Для умнаго деспота нѣтъ ничего заманчивѣе желанія, чтобы внѣшнія опоры полицейско-государственнаго механизма, могущія легко рухнуть отъ дружнаго напора угнетенныхъ гражданъ, поставить на болѣе прочный фундаментъ,—религію, какъ силу, всегда консервативную, поддерживающую въ обществѣ вѣру въ авторитетъ и готовую сообщить сакраментальный характеръ какой угодно формѣ „предержащей власти". По волѣ Константина христіанство вошло плотнымъ клиномъ въ систему абсолютизма.

Религіозная личность, попавъ подъ перекрестное вліяніе обоихъ мечей,—духовнаго и свѣтскаго,—которымъ въ религіозныхъ запросахъ всегда мерещились призраки „крамолы" и измѣны существующему порядку вещей, должна была, какъ улитка, уйти въ себя или же безнадежно завязнуть въ тинѣ лицемѣрія и ханжества. Епископы, переселившись изъ скромныхъ хижинъ въ роскошныя палаты высокихъ сановниковъ, обратились въ придворныхъ льстецовъ и царскихъ слугъ и, цѣпляясь за почести и богатство, своей святительской рукой усердно вбивали гвозди въ зданіе абсолютизма. А на развалинахъ загубленной демократической вѣры кощунственно пѣлъ побѣдный гимнъ самодержавный кесарь, который въ роли языческаго Pontifex Maximus все туже и туже затягивалъ петлю на шеѣ вѣрующихъ и религію дѣлалъ игрушкой своихъ диктаторскихъ плановъ.

Вотъ какого качества источникъ, гнилая влага котораго всосалась въ самые истоки русской общественности и дала жизнь нашему православію.

II.

Весьма понятно, что византійскимъ епископамъ, привыкшимъ на своей родинѣ опираться на гранитную скалу царскаго деспотизма, должна была показаться убогой, жалкой русская дѣйствительность, гдѣ вмѣсто централизованной государственности царила полная дезорганизація власти и лилась кровь въ дикой свалкѣ между князьями, причемъ сегодня торжествующій побѣдитель завтра, какъ злодѣй, становился предметомъ безпощадной расправы. Какъ же дѣйствуютъ въ этомъ вихрѣ кровавой анархіи епископы? Они совѣтуютъ, умоляютъ враждующія стороны прекратить кровопролитіе и подчиниться . . , но кому? Византійская практика и церковно-гражданскій кодексъ на данный вопросъ отвѣчали: православіе и самодержавіе—сросшіеся близнецы, одно безъ другого существовать не могутъ. И эта непреложная директива для русскихъ епископовъ была практически

обязательнымъ императивомъ тѣмъ болѣе, что они, какъ владѣльцы и собственники богатыхъ недвижимыхъ имуществъ, сами неудержимо тяготѣли къ прочному государственному порядку, идеалъ котораго они рисовали себѣ не иначе, какъ въ видѣ богопомазаннаго самодержца. Фактъ этотъ опредѣляетъ собою содержаніе и тонъ епископской политики, сообщаетъ ей строгую планомѣрность и послѣдовательность: они сознательно защищаютъ интересы князя Московскаго, какъ скоро обнаруживается, что онъ вслѣдствіе благопріятныхъ случайностей начинаетъ играть доминирующую роль въ „собираніи земли русской", своимъ вліяніемъ содѣйствуютъ успѣхамъ Московскаго князя въ его борьбѣ съ князьями Тверскими, они работаютъ въ союзѣ съ нимъ въ подавленіи вольностей непокорныхъ новгородцевъ и псковичей и, наконецъ, когда по безчисленнымъ трупамъ своихъ жертвъ торжествующее самодержавіе въ лицѣ Грознаго взошло на вершину сравнительно безопасной крѣпости, то выступили три митрополита—Даніилъ, Іосифъ Волоцкій и Макарій,—три знаменитыхъ идеолога абсолютизма, которые въ полномъ соотвѣтствіи съ византійской доктриной историческій фактъ старались истолковать въ смыслѣ провиденціальнаго явленія, корни котораго скрыты въ божественныхъ планахъ. Друзья византизма и защитники церковныхъ имуществъ, они теперь радовались тому, что двойникъ восточнаго деспота возсѣлъ на россійскомъ престолѣ. .

Процессъ централизаціи этимъ завершился; дальше идти было некуда: изъ ничтожнаго по значенію и силѣ прежняго Московскаго князя выросъ грозный царь, гигантъ, предъ которымъ должны были смолкнуть всѣ безпокойные элементы удѣльно—вѣчевой эпохи. Отъ него теперь въ значительной степени зависѣло, дать ли національной вѣрѣ возможность бросить византійскія ходули и стать на самостоятельныя ноги или же обратить ее въ слугу своего всевластія. Примѣръ Византіи и тутъ показалъ, какъ надо поступать. Съ завоеваніемъ Византіи турками царственный блескъ ея угасъ, но угасъ,—думалъ Грозный и его современники,—потому, что она не удержалась на высотѣ своего благочестія, измѣ-

нила преданіямъ отцевъ и отступила въ латинство. Вытекавшій отсюда выводъ, что счастіе и цѣлость Россіи обусловлены вѣрностью ея православію, толкалъ самодержавную власть на путь строжайшей опеки надъ народной вѣрой, заставлялъ видѣть въ ней главнѣйшее колесо въ государственномъ аппаратѣ, признать заботу о благочестіи гражданъ одной изъ неотложныхъ задачъ государственной политики. Съ другой стороны, тѣснаго союза „алтаря съ трономъ" въ неменьшей мѣрѣ требовали и династическіе интересы самодержцевъ. Огнемъ и мечемъ можно было сломить легко упорство какой либо кучки бояръ, обратить въ развалины города и цѣлыя области, но такой способъ безсиленъ предупредить вспышку общенароднаго гнѣва противъ деспота или уничтожить червь массоваго недовольства, который незамѣтно, но непрерывно подтачиваетъ основы негоднаго строя. Грозный это понималъ и потому онъ, подобно своимъ предшественникамъ и преемникамъ, свою неограниченную власть постарался закрѣпить мистическимъ священнодѣйствіемъ, коронованіемъ и помазаніемъ какъ бы вырвалъ у народа признаніе, что онъ избранникъ Божій и что царское служеніе его тождественно съ пастырскимъ. „Тщуся со усердіемъ люди на истину и на свѣтъ наставити, да познаютъ единаго истиннаго Бога, въ Троицѣ славимаго, и отъ Бога даннаго имъ государя". Конечно, такое кровожадное чудовище, какъ Грозный, никого не могъ „наставить на истину и свѣтъ", но что онъ былъ одержимъ idée fixe, подобно императору Константину, сосредоточить въ своемъ лицѣ функціи царя и епископа, видно хотя бы изъ его поведенія на Стоглавомъ соборѣ, гдѣ онъ требовалъ отъ клира уничтоженія церковныхъ нестроеній „бреженія ради священническаго и всѣхъ ради православныхъ христіанъ, наипаче же оберегаючи сана и величества царства и святительства".

Какъ же реагировали на это „святители"? Одни изъ нихъ пытались отгородить черту, за которую не переступала бы рука коронованнаго палача, но такихъ были отдѣльныя единицы, громадное же большинство другихъ смотрѣло на реальную жизнь глазами своихъ византійскихъ коллегъ: въ нихъ

гнѣздились та же ложь, неспособность отдѣлить вѣру отъ политики и постоянная готовность взывать къ мечу, когда внѣшнее „безмятежіе“ церковной жизни нарушалось появленіемъ какой либо ереси. И все это прикрывалось букетомъ пышныхъ риторическихъ фразъ, въ изобиліи разсѣянныхъ, напр., въ „Просвѣтителѣ“ Іосифа Волоцкаго. „Царемъ и княземъ,—читаемъ здѣсь—подобаетъ всяко стараніе о благочестіи имѣти и сущихъ подъ нимъ отъ душевнаго и тѣлеснаго треволненія спасати, быть крѣпкими борителями на Божія враги“, потому что „царь убо естествомъ подобенъ всѣмъ человѣкомъ, властію же подобенъ Богу, который „въ Себѣ мѣсто его избра на земли и на свой престолъ вознесъ посади“.

Наши автократы, правда, не послѣдовали совѣту Іосифа Волоцкаго и воздержались отъ безумія римскихъ кесарей—„возсѣсть на престолѣ Божества“, за то они крѣпко держались за свое право „блюстителей правовѣрія“; тутъ они хотѣли быть неограниченными и если прислушивались къ голосу своихъ „молитвенниковъ“, то это случалось лишь въ моменты раздумья, колебаній, когда они не рѣшались привести въ исполненіе свои планы, не посовѣтовавшись предварительно съ экспертами по религіознымъ дѣламъ. Что неправомѣрнаго, далѣе, въ томъ, что они мѣняли митрополитовъ, какъ „служилыхъ“ людей? Вѣдь митрополія ихъ кровное дѣтище; прививка отъ византійскаго дерева, она націонализировалась и стала русскимъ институтомъ, потому что такъ угодно было великому князю. Опытъ показалъ, что вмѣсто митрополіи лучше учредить другой органъ, и по желанію Бориса Годунова рождается на Руси патріаршество. Но хозяинъ скоро замѣтилъ свою ошибку и разочаровался въ своихъ первоначальныхъ расчетахъ: вмѣсто сыновней преданности въ патріархѣ проявился строптивый нравъ. На Руси, гдѣ іерархи столько вѣковъ почти только и дѣлали, что усердно ставили вѣхи на дорогѣ, по которой величественно шествовало самодержавіе, въ этой странѣ, гдѣ вся атмосфера, пресыщенная деспотизмомъ, умерщвляла въ самомъ зародышѣ клерикализмъ,—Никоны съ ихъ папскими

претензіями были жалкими высочками и русскихъ повелителей только приводили къ выводу, что патріаршество—капризное дитя, съ которымъ нужно поскорѣе раздѣлаться. Жребій произвести такую экзекуцію выпалъ на Петра, и онъ, покончивъ съ патріаршествомъ, учрежденіемъ „духовной коллегіи" завершилъ старую постройку своихъ предшественниковъ, въ болѣе опредѣленныхъ чертахъ воплотилъ политико-церковную часть византійской программы.

Церковная реформа Петра, неразрывно связанная съ его общими преобразовательными планами, вызывалась въ частности желаніемъ реформатора въ числѣ другихъ общественныхъ силъ утилизировать на служеніе новому государству и вліяніе несочувствовавшаго его дѣлу православнаго духовенства. Геній преобразователя избралъ при этомъ не жестокія репрессіи, какія непремѣнно примѣнилъ бы Грозный, но мирное средство—учрежденія „духовной коллегіи" въ смыслѣ государственнаго органа. И Петръ не ошибся. Онъ, какъ „православныя вѣры истинный наставникъ и Христовой церкви столпъ непоколебимый", имѣлъ на то полное право. Вѣдь признаютъ же Западно-европейскія монархи—думалъ онъ—распоряженіе религіей своихъ подданныхъ неотъемлемой регаліей короны, почему же иначе должно быть въ Россіи, гдѣ такъ изстари дѣло велось и гдѣ жива еще память о славныхъ императорахъ Константинѣ, Θеодосіѣ и Юстиніанѣ? Правда, на Западѣ религіозное право королей оспаривалось папствомъ во имя идеи церковной автономіи, ну, а русскіе епископы? развѣ они имѣли историческую и принципіальную почву домогаться этой автономіи? развѣ факту императорской омнипотенціи они могли противопоставить себя, какъ носителей специфическихъ идей христіанства, долженствующихъ стоять внѣ прямаго воздѣйствія короны? Нѣтъ, въ этомъ отношеніи они были безпочвенны. Византійцы до мозга костей, они вмѣстѣ съ греческими іерархами осудили Никоновскій папизмъ и своимъ осужденіемъ санкціонировали царскій папизмъ; мнимые служители Христа, слѣпые кописты византійской схоластики съ ея безропотнымъ послушаніемъ „предержащей власти", они сдѣлались настоящими

креатурами самодержавія, въ теченіе вѣковъ прикрывали своимъ авторитетомъ нечистыя дѣла господствующаго класса, организовали черную рать царскихъ защитниковъ полицейскаго произвола, алтарь обратили въ мѣсто сыска, религіозное и политическое „вольнодумство" безпощадно преслѣдовали анаѳемой, услужливо предлагали застѣнки и каменные мѣшки въ св. обителяхъ, чтобы искоренять зародыши крамолы и т. д. Вотъ краткій перечень подвиговъ этихъ высшихъ чиновниковъ „православнаго вѣдомства", какъ вѣрныхъ слугъ самодержавія. Не лучше они проявили себя и въ смыслѣ заправилъ церковно-общественной мысли.

III.

Неразвитый умъ древняго русскаго человѣка неспособенъ былъ критически разобраться въ массѣ религіозныхъ обрядностей, онъ вѣрилъ слѣпо, безотчетно и, свободный отъ сомнѣній и душевныхъ тревогъ, онъ принималъ въ наслѣдіе отъ своихъ предковъ традиціонныя формы культа совершенно такъ же, какъ онъ наслѣдовалъ отъ нихъ имущество, одежду, домашній скарбъ. Такой матеріалъ былъ, очевидно, неподходящимъ объектомъ для сколько нибудь серьезныхъ реформаторскихъ экспериментовъ; то была дикая каменная глыба, отшлифовать которую было бы не подъ силу даже культурному и идеалистически настроенному миссіонеру. Но греческіе іерархи были въ сущности сами варвары; ихъ духовный кругозоръ цѣликомъ умѣщался въ рамки традицій, личнаго моральнаго творчества они страшились, какъ ереси. Все, чего они домогались, сводилось поэтому не къ подъему нравственнаго уровня прозелитовъ, а лишь къ замѣнѣ стараго костюма новымъ, не къ возвышенію общественныхъ нравовъ, но къ механическому соблюденію обрядовыхъ особенностей новой вѣры и къ рабскому послушанію всему, чтобы ни исходило изъ устъ церковной власти. Въ этомъ смыслѣ миссія этихъ адептовъ византизма была довольно удачна. И хотя отъ смѣшенія новыхъ понятій съ старыми въ головахъ учениковъ получался страшный хаосъ, такъ что единому хри-

стіанскому Богу пришлось долго отвоевывать себѣ первенство у языческихъ Перуна, Стрибога и др., за то русскіе прозелиты безъ труда усвоили мысль, что сущность новаго ученія заключается въ точномъ охраненіи даже буквы „азъ" въ сокровищахъ премудрости, переданныхъ имъ изъ Византіи. Любознательность нашихъ предковъ не смѣла прикасаться къ тому, что было точно нормировано и предусмотрѣно въ греческихъ служебникахъ и законахъ; она подъ страхомъ не впасть въ смертный грѣхъ останавливалась лишь на случаяхъ непредвидѣнныхъ, въ первый разъ выдвинутыхъ русской практикой, напр., можно ли давать причастіе тому, кто до обѣдни въ Пасху постучитъ въ зубы яйцомъ? И такое сомнѣніе владыка Нифонтъ разрѣшалъ очень просто: одинъ разъ можно, но много разъ возбраняется.

Чтобы выйти изъ примитивной стадіи вѣрованій, стать выше обряда и буквы культа, требовалось критическое отношеніе индивида къ данному объективному матеріалу, требовалось личное творчество въ религіозной области. Но личность рождается и ростетъ въ соціальной средѣ. Въ исходѣ среднихъ вѣковъ на Западѣ стало изчезать обаяніе католицизма, потому что общественная жизнь начала покидать формы феодализма и намѣчала себѣ новый путь, на которомъ съ новыми формами производства выступило на сцену индивидуальное начало, давшее свое знамя гуманистическому движенію и реформаціи. Извѣстно, что широкая волна абсолютизма, разлившаяся по западному континенту въ XVII—XVIII ст., захлестнула на время жизненные ростки, которые успѣла было пустить вѣрующая личность благодаря реформаціи, но сѣмена Лютеранской идеи возродились въ эпоху „просвѣщенія"; съ одной стороны, ихъ отголосокъ слышится въ раціоналистической философіи XVIII ст., съ другой,—они нашли конкретное выраженіе въ конституціяхъ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ и въ деклараціи правъ французскаго національнаго собранія. Съ тѣхъ поръ идея религіозной личности, какъ самостоятельнаго фактора въ рѣшеніи церковно-политической проблемы, не сходитъ со страницъ европейскихъ законодательствъ, публицистическихъ и философскихъ трак-

татовъ и чрезъ нихъ все болѣе и болѣе становится достояніемъ широкихъ массъ.

На Руси мы видимъ не то. Изрѣдка появлявшіяся здѣсь ереси,—жидовствующихъ, стригольниковъ, Башкина и Косаго, наконецъ, болѣе глубокое религіозное теченіе, которое по справедливости можно назвать русскимъ протестантизмомъ, связанное съ именами заволжскихъ иноковъ—Нила Сорскаго, Вассіана и Артемія,—всѣ эти ереси показываютъ, что и у насъ индивидуальные запросы религіознаго сознанія прорывались чрезъ плотину традиціонныхъ формъ, но, выйдя изъ обычнаго русла, они наталкивались на косность и невѣжество массъ и, неподдержанные ими, разбивались о скалу церковнаго бюрократизма и самодержавія. Первый во всякой попыткѣ субъективно освѣтить вопросы вѣры видѣлъ противозаконное посягательство на цѣлость церковнаго авторитета, второе къ проявленію индивидуальныхъ тенденцій относилось всегда, какъ къ факту опасному, могущему расшатать самодержавный режимъ, сущность котораго сводится къ положенію: чѣмъ безотчетнѣе подчиненіе, тѣмъ непоколебимѣе властвованіе. Одинъ понимаетъ церковь въ смыслѣ музея древностей, гдѣ свалены въ одну кучу, безсистемно, важные и малозначащіе памятники изъ разныхъ историческихъ эпохъ; онъ, защитникъ рутины, не имѣетъ вдали свѣтлыхъ перспективъ и на всѣ вопросы мятущейся личности говоритъ: „остановись, смирись, взирай назадъ, въ старину, тамъ заключены всѣ цѣнности, необходимыя для вѣчности". Другое всѣхъ гражданъ хочетъ обезличить и загнать въ одно стадо, готовое по первому знаку ринуться въ ту сторону, куда направится рука властелина. На почвѣ одинаковыхъ стремленій и выросъ союзъ „алтаря съ трономъ", какъ могущественный оплотъ противъ вторженія въ общественную мысль религіознаго вольнодумства. Цѣль была оффиціально достигнута: всякая религіозная группа, отколовшаяся отъ оффиціальнаго ядра, до самаго послѣдняго времени подвергалась преслѣдованію. Но практическіе результаты такой системы получились самые плачевные: религіозная мысль, задыхаясь въ атмосферѣ рутины, безправія и невыносимой бюрократической опеки, на-

ходила себѣ убѣжище въ разнообразныхъ сектахъ, гдѣ она имѣла возможность проявлять болѣе свободно свой энтузіазмъ и въ условіяхъ групповой солидарности черпать силы для своего развитія и укрѣпленія. Съ какой бы точки зрѣнія ни оцѣнивать секты штундистовъ, молоканъ, духоборовъ, толстовцевъ и др., но моральное значеніе ихъ религіозныхъ убѣжденій, вліяніе ихъ на соціальный бытъ сектантовъ не подлежитъ сомнѣнію.

Между тѣмъ съ уходомъ сознательныхъ и развитыхъ элементовъ жизнь въ нѣдрахъ православія окончательно замерла. Просуществовавъ нѣсколько столѣтій, оно такъ и не вышло изъ первоначальнаго фазиса обрядовѣрія; развитію его былъ поставленъ тормазъ тѣмъ фактомъ, что оно сдѣлалось простымъ придаткомъ политики, вошло, какъ органическая часть, въ систему самодержавія, которое, подобно пауку, высосало изъ него потенціальные моральные задатки, какіе оно безъ сомнѣнія проявило бы при другихъ, болѣе благопріятныхъ, политическихъ условіяхъ. Не говоря уже о массахъ, гдѣ религіозное сознаніе рѣдко переступаетъ за границы точнаго соблюденія обряда и уживается очень часто съ дикимъ изувѣрствомъ, сами „святители“ фактически ничѣмъ не доказали, да въ своемъ положеніи бюрократовъ и слугъ правительства едва ли и могутъ доказать, что они способны быть одухотворенными борцами за гуманныя идеи свободы, братства и равенства. Попробуйте прослѣдить исторію смертной казни, крѣпостнаго права, жестокостей и произвола бюрократіи въ Россіи, и вы за единичными исключеніями едва ли найдете „владыку“, который бы съ пламеннымъ словомъ сталъ на защиту поруганной чести, протянулъ бы руку помощи забитымъ и угнетеннымъ братьямъ, наоборотъ,—можно указать не мало примѣровъ, когда эти носители мира и любви въ идеѣ фактически оказывались активными разсадниками вражды и ненависти. Съ церковной каѳедры они, правда, много говорятъ о любви и всепрощеніи, но больше всего о терпѣніи и преданности начальству, трактуютъ о братствѣ и духовномъ равенствѣ людей, а de facto внутри церковной организаціи поддерживаютъ классовое раздѣленіе. Усердные защит-

ники неприкосновенности частной собственности, надѣленные всѣми правами начальниковъ и богатыми имуществами, они до сихъ поръ стояли на сторонѣ господствующаго класса и заставляли подчиненный клиръ переносить на себѣ всю тяжесть ихъ произвола, въ результатѣ чего развились чванство и высокомѣріе въ однихъ, лесть, пресмыкательство, недовѣріе и ненависть въ другихъ. Яркую иллюстрацію классовыхъ стремленій епископовъ даютъ намъ, напр., епархіальныя „ревизіи", гдѣ въ начальственномъ тонѣ, мелочныхъ придиркахъ и высокомѣрномъ обращеніи съ подчиненнымъ клиромъ скрывается скорѣе нравъ зауряднаго чиновника, дѣлающаго ежегодныя ревизіи въ силу синодскаго циркуляра, нежели душа „добраго пастыря". Не о томъ же ли свидѣтельствуютъ и архіерейскіе „пріемы", гдѣ знаніе жизни и зрѣлый опытъ часто замѣняются холоднымъ приказомъ, а добрый совѣтъ суровымъ окрикомъ?

Точная копія съ своего прототипа—византизма, твердая опора политики гнета и порабощенія, воплощенное отрицаніе личнаго начала въ религіозной сферѣ,—русское православіе до настоящаго времени по справедливости считалось синонимомъ консерватизма и врагомъ прогресса. Нѣтъ ничего мудренаго, что мыслящая часть молодой Россіи въ своихъ поискахъ общечеловѣческаго демократическаго идеала отшатнулась отъ этого мертваго, неподвижнаго начала и пошла своей дорогой, держалась своей правды, не смотря на всѣ обвиненія ея въ атеизмѣ и рѣзкія осужденія, щедро сыпавшіяся по ея адресу со стороны черствыхъ представителей церковности. И жизнь оправдала русскую интеллигенцію: въ ея благородныхъ порывахъ, въ ея безкорыстномъ служеніи меньшему брату сказалось гораздо больше христіанской самоотверженности, нежели въ сытомъ и близорукомъ преклоненіи предъ догматизмомъ мысли и вѣры жрецовъ православнаго культа.

IV.

Наше освободительное движеніе уже при первыхъ своихъ проявленіяхъ показало, что начавшаяся ломка подгнив-

шаго зданія самодержавія коснется и его стариннаго друга,—православія. И это было неизбѣжно. Если безъ твердо гарантированной политической и гражданской свободы государство превращается въ безжизненный механизмъ, парализующій свободный ростъ прогрессивныхъ силъ народа, то при отсутствіи достаточныхъ гарантій для свободы совѣсти и религіозной личность поражается въ самомъ священномъ и дорогомъ своемъ правѣ—свободно вѣрить въ божество своей совѣсти, пламенѣть огнемъ религіознаго энтузіазма и по своему рѣшать тайны міровыхъ загадокъ. Тотъ законодатель, который ставитъ преграды личному религіозному творчеству и думаетъ навязать всѣмъ строго опредѣленный культъ, подсѣкаетъ корень общественной культуры и на національную вѣру смотритъ нисколько не выше, чѣмъ язычникъ древнихъ временъ смотрѣлъ на свой фетишъ. Вотъ почему въ исторіи всѣхъ цивилизованныхъ странъ всякое прогрессивное движеніе противъ политическаго деспотизма носило всегда вмѣстѣ съ тѣмъ и религіозный отпечатокъ, было движеніемъ за религіозную эмансипацію личности. И въ Россіи мы видимъ то же самое: какъ только первые лучи „обновленія" освѣтили ужасныя послѣдствія церковно-государственнаго бюрократизма, всѣмъ мыслящимъ людямъ стало ясно, до какой степени было преступно со стороны общества допускать всѣ эти монастырскія тюрьмы, въ глухихъ застѣнкахъ которыхъ безвозвратно гибли живые побѣги прогрессивной мысли. А когда образовались политическія партіи, то каждая изъ нихъ, исключая крайнихъ правыхъ, въ своихъ платформахъ однимъ изъ главныхъ лозунговъ выставила освобожденіе религіи изъ подъ государственной опеки и законодательное обезпеченіе свободы совѣсти въ смыслѣ неотъемлемаго права гражданина.

Въ такой постановкѣ религіозной проблемы, вполнѣ соотвѣтствующей и самой психологіи религіознаго чувства, сказалось рѣзкое осужденіе всей прошлой церковно-приказной казенщины и вмѣстѣ съ тѣмъ высокое стремленіе прогрессивныхъ элементовъ освободить вѣрующую личность изъ тисковъ стараго режима, налагавшаго неумолимое veto на всякій ея самостоятельный шагъ. И если бы заправилы церковной

мысли,—епископы,—стояли на высотѣ пастырскаго положенія, если бы они способны были стряхнуть съ себя грязную тину историческихъ наслоеній и посмотрѣть прямо на свѣтлый Ликъ евангельской истины, то они съ радостью должны были бы привѣтствовать указанное рѣшеніе религіозно-церковной проблемы. Но—дѣйствительность со всей ясностью раскрыла предъ нами ихъ прежнюю бюрократическую душу.

Отдѣленные отъ реальныхъ нуждъ и потребностей жизни толстыми стѣнами своихъ хоромъ и канцелярій, окунувшись съ головой въ безбрежное море разныхъ циркуляровъ, епископы не сумѣли понять всей глубокой важности совершающагося переворота и ко всѣмъ вѣяніямъ времени оставались и остаются глухи. Когда изъ подъ пирамиды труповъ своихъ борцовъ измученная народная душа выглянула на свѣтъ, чтобы повѣдать міру о своихъ многовѣковыхъ мукахъ, то на всѣ ея стоны и мольбы о свободѣ сытые и безпечные епископы отвѣтили холоднымъ: non possumus. Въ негодующихъ крикахъ и мирныхъ петиціяхъ гражданъ имъ чудились призраки крамолы лишь горсти русской интеллегенціи, зараженной ядомъ западной цивилизаціи. Но жизненная логика шла наперекоръ епископскому діагнозу: отъ тяжелыхъ ударовъ стихійнаго гнѣва массъ самодержавный строй пошатнулся и долженъ былъ отказаться отъ монополіи самовластія. Въ манифестѣ 17 окт. онъ самъ росписался въ негодности стараго порядка, а дружная работа общественной мысли, освѣтившая темныя дѣянія абсолютизма, въ людяхъ, обладающихъ нормальнымъ зрѣніемъ и слухомъ, не оставляла болѣе никакого сомнѣнія въ томъ, что вынужденная капитуляція самодержавной бюрократіи—фактъ безповоротный и что полный возвратъ къ ненавистному прошлому уже болѣе невозможенъ. Не такъ думали наши владыки. Имъ все еще казалось, что дѣло самодержавія не совсѣмъ проиграно, оно еще можетъ вернуться въ прежнемъ величіи, если къ пушкамъ, штыкамъ и вѣсилицамъ присоединить пламенную проповѣдь съ церковной каѳедры, дабы именемъ Христа освятить дикій разгулъ правительственныхъ жестокостей, объявить крестовый походъ противъ нечестивыхъ крамольниковъ. Но то

были слишкомъ слабые потуги старческаго озлобленія, чтобы сколько нибудь измѣнить желѣзную логику событій. Не смотря на всѣ ухищренія друзей самодержавія затопить ростки новой жизни въ народной крови, на политическомъ горизонтѣ виднѣлась уже Государственная Дума, какъ путеводная точка, къ которой были прикованы всѣ свѣтлыя чаянія сознательныхъ и честныхъ гражданъ. Неизбѣжность факта, однако, не сломила энергіи духовныхъ „отцевъ“. Когда нѣкоторые пастыри подъ неотразимымъ вліяніемъ новаго общественнаго настроенія вышли изъ рамокъ казенщины, забыли на время схоластическій языкъ мертвыхъ проповѣдей и обратились къ широкимъ массамъ съ живой рѣчью о томъ, какими средствами можно устроить счастіе родины, то за этотъ скромный актъ гуманности, за чуткое къ общимъ страданіямъ сердце, одни изъ нихъ поплатились строгимъ выговоромъ отъ своего начальства, другіе, болѣе смѣлые и стойкіе, увольненіемъ со службы. А публичная защита смертной казни Антоніевъ, Буткевичей, Арсеніевъ и др.? Что это, какъ не кощунственное профанированіе идеальныхъ завѣтовъ великаго Друга человѣчества, не позорное распятіе вѣчной правды? И все это только для того, чтобы обѣлить безчеловѣчныя дѣянія жестокихъ правителей, не дать народу вожделѣнной „воли“ и удержать за собой позиціи, отданныя имъ въ пожизненное владѣніе самодержавнымъ строемъ. Молодая Россія уже оцѣнила по достоинству это грубое издѣвательство надъ дѣломъ „обновленія“, а исторія занесетъ на свои скрижали имена многихъ епископовъ, какъ гасителей духовнаго свѣта и гонителей народной свободы.

Анонимными письмами, доносами и административными карами епископы хотѣли бы заткнуть всѣ щели въ ветхой храминѣ православія, чтобы не проникала въ нее ни одна живая струя новыхъ теченій. Но жизнь кругомъ слишкомъ сильно бурлитъ, чтобы можно было старыми поводьями сдерживать „разнуздавшееся“ пастырство. Необходимы другія, болѣе дѣйствительныя мѣры и вотъ, въ то время какъ прогрессивные слои общества съ лихорадочной энергіей пробивали путь къ свободѣ и стремились, не щадя своей жизни,

поставить государственную колесницу на демократическіе рельсы, мысль епископовъ была занята исключительно классовыми интересами, они мечтали только о томъ, чтобы поднять престижъ своей власти, изолировать ее отъ вліянія синодальной оберъ-прокуратуры. Казалось бы, нѣтъ ничего лучше возстановить для этого патріаршество; тогда церковная бюрократія, свободная отъ государственнаго давленія, сумѣла бы расправиться съ непокорнымъ клиромъ и „огосударственному" православію сообщить, по крайней мѣрѣ, со внѣ стройный видъ законченнаго самостоятельнаго круга, гдѣ вся сила сосредоточивалась бы въ центрѣ,—патріархѣ, отъ котораго по многочисленнымъ периферіямъ,-отдѣльнымъ епископіямъ,—исходили бы неограниченные запреты и велѣнія для руководства и въ назиданіе подчиненному духовенству. Мечтѣ этой, однако, не суждено было осуществиться, между прочимъ, потому, что она весьма рѣзко разошлась съ оппозиціоннымъ настроеніемъ „меньшей братіи", близко знакомой со всѣми прелестями „владычнаго" бюрократизма и ухватившейся за демократическую идею „соборности". Какъ бы то ни было, но пришлось сдѣлать уступку въ формѣ обѣщанія въ неопредѣленномъ будущемъ созвать церковный соборъ, но изъ кого? Мятежное духовенство требуетъ, чтобы на немъ съ равнымъ правомъ участвовали предствители всего православнаго населенія,—епископата, клира и мірянъ,—оно, слѣдовательно, желаетъ демократизировать церковь и съ господствующаго класса іерарховъ перенести центръ тяжести власти на общество, ввести церковное народовластіе. Канонично ли это? Нѣтъ,—отвѣчаютъ „владыки" и ихъ ученые друзья,—апостольскія правила, святоотеческія творенія, каноны вселенскихъ и помѣстныхъ соборовъ знаютъ только епископскую церковь. Такое новшество было бы, кромѣ того, гибельно для православія, судьба котораго очутилась бы тогда въ рукахъ безбожной и развратной интеллигенціи; ужъ лучше пригласить на соборъ толпу „каторжниковъ", нежели быть вынужденными выслушивать атеистическія сужденія образованныхъ враговъ христіанства.

Все это старыя, давно знакомыя всѣмъ, пѣсни, въ точности воспроизводящія ученіе Августина и удивительно на-

поминающія Пія IX съ его проклятіями современной культуры. И, конечно, эти пѣсни составляли бы совершенно безвредное риторическое украшеніе епископскаго краснорѣчія, если бы въ нихъ не скрывался зловѣщій заговоръ владыкъ противъ всякаго рода попытокъ церковнаго реформированія: вѣдь при помощи епископскаго собора они хотѣли бы плотнѣе сомкнуть свои церковно-бюрократическіе ряды, выработать единообразную тактику, чтобы безконтрольно главенствовать въ качествѣ полныхъ хозяевъ въ епархіальныхъ территоріяхъ.

Къ глубокому огорченію „духовныхъ князей“ ихъ заговоръ былъ своевременно открытъ клиромъ, значительная часть котораго не пошла по слѣдамъ своего начальства и, не смотря на всю свою моральную угнетенность и умственную забитость, потребовала переустройства церковной жизни на началахъ христіанскаго демократизма. Въ печати и на разныхъ собраніяхъ клиръ категорически заявилъ, что 1) союзъ самодержавія съ православіемъ убилъ въ корнѣ фактическую возможность для послѣдняго стать моральнымъ факторомъ въ историческомъ развитіи русскаго общества; оно доселѣ было только индивидуальнымъ, частнымъ явленіемъ, служило религіознымъ потребностямъ отдѣльныхъ личностей и въ лучшемъ случаѣ проявлялось развѣ въ мистическихъ экстазахъ и аскетическихъ подвигахъ, но отнюдь не было соціальнымъ средствомъ улучшенія общественныхъ нравовъ; 2) что отнынѣ православіе во имя свободы личности должно морально помогать созданію лучшихъ условій политическаго быта, бороться за большій просторъ для личной иниціативы, содѣйствовать расширенію общественной солидарности и постепенному искорененію соціальнаго неравенства; 3) что христіанская вѣра вступаетъ въ рѣзкое противорѣчіе съ своей идеей, когда она рѣшается данной формѣ государственности придать печать, такъ сказать, религіозно-догматической окаменѣлости; это обязываетъ ее защищать устарѣвшіе пріемы политики, тормозящіе своей неподвижностью общественный прогрессъ, и закрываетъ ей свободный путь этическаго вліянія на индивидуальную и коллективную психику. Для того, чтобы расчистить этотъ путь,—по мысли прогрессивнаго духовенства,—недоста-

точно эмансипировать религіозную личность отъ произвола государственнаго авторитета, недостаточно разорвать связь религіознаго фактора съ политическимъ, необходимо прежде всего въ самой церковной организаціи устранить паразитарные наросты или, по крайней мѣрѣ, заставить выполнять ихъ соотвѣтствующія ихъ идеѣ функціи. Развившійся въ церкви бюрократизмъ есть классовый институтъ, историческій продуктъ классоваго раздѣленія, котораго не избѣжала и религіозная мысль. Своимъ подавляющимъ вліяніемъ пріобрѣтеннымъ путемъ постепеннаго захвата въ свои руки власти, принадлежавшей сначала всему церковному союзу, епископатъ запрудилъ широкій потокъ, чрезъ который протекала свободной струей общественная мысль первоначальнаго христіанства. И вотъ, послѣ долгаго сна или тягостнаго блужданія по разнымъ нелегальнымъ убѣжищамъ, она проснулась и, собравшись съ духомъ, потребовала, чтобы выслушали и ея равноправный голосъ; она взываетъ къ собору и на немъ она хотѣла бы повѣдать о тѣхъ терніяхъ и шипахъ, которыми былъ устланъ ея многострадальный историческій путь, со всѣми подѣлиться богатымъ выстраданнымъ ей религіознымъ опытомъ, въ которомъ чистая идея христіанской морали отразилась глубже и полнѣе, нежели въ загрубѣлыхъ сердцахъ сытыхъ и самодовольныхъ оффиціальныхъ блюстителей правовѣрія; на соборѣ она сказала бы, что̀ въ историческомъ православіи, какъ жизнеспособное, должно быть воплощено въ общественныхъ нравахъ мыслящей Россіи и что̀, какъ заморскія руины, слѣдуетъ выбросить за бортъ церковнаго корабля......

Въ этихъ думахъ пастырства, вскрывающихъ глубокія причины моральнаго безсилія православной системы и рисующихъ идеальную картину золотой поры христіанской жизни, епископы, какъ косные сторонники традиціонно-церковнаго шаблона, не подмѣтили ничего другаго, кромѣ реформатскаго „пресвитеріанства“, и тѣмъ самымъ еще разъ подчеркнули свою неспособность взять на себя тяжелый трудъ духовнаго возрожденія національной вѣры. И если будущему православію суждено стать живой моральной силой въ русской куль-

турѣ, если и у насъ явится свой Лютеръ, который укажетъ средство, какъ можно заровнять глубокую пропасть между дряхлѣющимъ православіемъ и молодой прогрессивной Россіей, то это будущее религіозное теченіе пройдетъ мимо оффиціальныхъ жрецовъ мертвой ортодоксіи, оно на своемъ знамени напишетъ дилемму: или православіе должно обратиться въ свободно-демократическую религію или же постарому прозябать, коснѣть въ условіяхъ буржуазнаго режима и ратовать за интересы имущихъ классовъ.

Проф. В. К. Соколовъ.

СИСТЕМА И МЕТОДЫ НАУКИ УГОЛОВНАГО ПРАВА [1]).

Право вообще и въ частности уголовное можно изучать съ различныхъ точекъ зрѣнія. Право есть прежде всего явленіе соціальной жизни, продуктъ и вмѣстѣ факторъ ея образованій. Соотвѣтственно, изслѣдователь можетъ задаться цѣлью изучить связь права, какъ таковаго, или же отдѣльнаго правового установленія съ какими либо другими явленіями соціальной жизни, опредѣлить условія образованія права, или, наоборотъ, послѣдствія образованія. Будетъ ли эта связь установлена имъ in concreto, въ тѣсно отграниченныхъ условіяхъ времени и мѣста, или его вниманіе будетъ отвлечено болѣе широкой задачей (осуществимой или нѣтъ, вопросъ остается открытымъ)—выведенія общихъ законовъ, которые бы въ этомъ отношеніи регулировали процессъ соціальной жизни,—онъ оперируетъ во всякомъ случаѣ съ категоріей мышленія, чуждой наукѣ права. Онъ устанавливаетъ необходимую, причинную связь явленій, или конкретныхъ событій. Результаты его научной работы, какъ бы они ни были плодотворны для юриста, представляютъ все же знаніе не юридическое, а соціологическое. Не каузальная оцѣнка права, какъ явленія соціальной жизни, но само право, какъ таковое, нормативная природа права составляетъ пред-

---

[1]) Содержаніе статьи частью совпадаетъ съ рѣчью, произнесенной авторомъ 26 марта 1906 г. въ Спб. Университетѣ передъ началомъ докторскаго диспута.



метъ юриспруденціи. Юристъ изучаетъ право, не какъ элементъ сущаго, не какъ частицу реальной дѣйствительности, но какъ нѣчто, лежащее внѣ дѣйствительности, относящееся къ совершенно иной сферѣ человѣческаго сознанія,—какъ непосредственное выраженіе должнаго [1]). При этомъ вполнѣ безразлично, будетъ-ли право представляться такимъ изучающему, съ его собственной точки зрѣнія (lex ferenda), или съ чужой—законодателя (lex lata).

Тѣмъ болѣе, конечно, лежатъ внѣ области правовѣдѣнія, въ частности внѣ сферы уголовнаго права, такъ наз. уголовныя антропологія и соціологія, въ широкомъ смыслѣ ученія о біологическихъ и соціальныхъ факторахъ преступности. Будучи совершенно такъ же, какъ и помянутое выше соціологическое изученіе права, дисциплинами каузальными, уголовныя соціологія и антропологія тѣмъ дальше стоятъ отъ науки права, что онѣ изслѣдуютъ даже и не право, хотя бы и разсматриваемое, какъ чисто соціальное явленіе, но, факты, біологическіе или соціальные, лежащіе въ основѣ тѣхъ явленій, борьба съ которыми составляетъ задачу права. Антропологическое и соціологическое изученіе преступности обязательно для каждаго криминалиста, и для уголовнаго политика, въ особенности, такъ какъ нельзя бороться съ нежелательнымъ явленіемъ, не зная его причинъ, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы можно было этіологію преступности разсматривать, какъ отрасль науки уголовнаго права. Ничто не мѣшаетъ, конечно, скомбинировать рубрику такъ называемой „die gesamte Strafrechtswissenschaft“, или „уголовныхъ знаній вообще“, куда при желаніи можно включить и уголовную соціологію,—сомнительно, однако, чтобы подобная неразборчивая свалка въ одну общую массу дисциплинъ, оперирующихъ надъ столь разнородными объектами, могла быть въ какомъ либо отношеніи полезна. При томъ, разсуждая

[1]) Ср. статью Новгородцева въ „Проблемахъ идеализма“, гдѣ онъ говоритъ, что право должно изучаться не только какъ историческое и общественное явленіе, но также, какъ внутреннее психическое индивидуальное переживаніе, что рядомъ съ соціологическимъ изученіемъ должно быть признано индивидуально-психологическое и нормативно-этическое (стр. 273).



послѣдовательно, къ уголовнымъ знаніямъ пришлось бы отнести тогда всю вообще совокупность знаній, которыя могутъ понадобиться криминалисту, какъ-то: судебную медицину, психологію, теорію познанія, и, въ концѣ концовъ, было бы, пожалуй, труднѣе назвать науку, не относящуюся къ рубрикѣ „уголовныхъ знаній вообще", чѣмъ, обратно, перечислить науки, входящія въ эту рубрику [1]).

---

[1]) На необходимость отграниченія науки уголовнаго права отъ уголовныхъ соціологіи и антропологіи указываютъ Сергѣевскій (Пособіе къ лекціямъ, 1905, стр. 9—18), Вульфертъ (Методы, содержаніе и задачи науки уголовнаго права, 1891), Таганцевъ (Право, 1901, №№ 51—52), и др.

Объединеніе уголовнаго права съ уголовными соціологіей и антропологіей въ составѣ одной науки было предложено (въ числѣ другихъ криминалистовъ Запада) Листомъ. Ближайшее ознакомленіе съ системою Листа, однако, выясняетъ, что этотъ ученый, являющійся не только смѣлымъ новаторомъ въ области уголовной политики, но и всесторонне образованнымъ юристомъ, разгораживаетъ логико-юридическую дисциплину уголовнаго права въ тѣсномъ смыслѣ отъ каузальныхъ дисциплинъ—криминологіи и пенологіи—капитальной стѣной различія въ объектахъ, методахъ и задачахъ изслѣдованія, и только механически объединяетъ ихъ подъ общею кровлей, или, точнѣе, подъ общею вывѣской „совокупной науки уголовнаго права" (Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissen XX B.). Этимъ объясняется, почему система, предложенная Листомъ, не вызываетъ на Западѣ особыхъ нареканій. Оспаривать здѣсь можно было бы лишь правильность терминологіи. Разграничительная черта между догмой и соціологіей проводится Листомъ съ нисколько не меньшею рѣзкостью, чѣмъ, напр., Таганцевымъ.

Система Листа пользуется у насъ большою популярностью. Но, къ сожалѣнію, нѣкоторые криминалисты, примыкая къ ней, привносятъ отъ себя многое, что положительно идетъ въ разрѣзъ съ ея основною идеей. Вотъ, напр., вступительное замѣчаніе, которымъ проф. Піонтковскій открываетъ свою лекцію на тему: „Наука уголовнаго права, ея предметъ, задачи, содержаніе и значеніе" (1895 г., стр. 3):—„всякая наука стремится къ раскрытію естественныхъ законовъ, управляющихъ изучаемыми ею явленіями, . . . заботится о приспособленіи добываемыхъ ею результатовъ къ нуждамъ и потребностямъ человѣчества . . . Таковъ характеръ присущъ и современной наукѣ уголовнаго права . . . Наука уголовнаго права принадлежитъ къ семьѣ наукъ соціальныхъ. Не безъ основанія она называется нѣкоторыми изслѣдователями уголовной соціологіей". Проф. Піонтковскій имѣетъ въ виду такъ наз. науку уголовнаго права въ широкомъ смыслѣ, „die gesamte Strafrechtswissenschaft" по терминологіи Листа. Ясно, однако, что эту „науку", представляющую изъ себя сложный конгломератъ дисциплинъ юридическихъ и соціологическихъ, одинаково нельзя относить ни къ юридическимъ, ни къ соціальнымъ. Ибо здѣсь вообще нѣтъ науки, а есть только условное техническое обозначеніе группы вполнѣ разнородныхъ наукъ объединяемыхъ въ дидактическихъ цѣляхъ.

Свойствамъ предмета науки права соотвѣтствуютъ ея задачи. Послѣднія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ тремъ: къ *описанію даннаго* права, къ *построенію должнаго* и къ *оцѣнкѣ даннаго* права согласно имѣющемуся у субъекта представленію о

Но если проф. Піонтковскій сближаетъ съ соціологіей науку уголовнаго права въ широкомъ смыслѣ, то г. Гернетъ съ тою же самою соціологіей желаетъ слить науку уголовнаго права въ тѣсномъ смыслѣ, или, иначе, догму права. По мнѣнію г. Гернета („Соціальные факторы преступности", 1905 г., стр. 24 и сл.), „разъ элементы (соціологическій и антропологическій) вносятся (въ юридическое изученіе преступленія и наказанія), то уже нельзя отстаивать строго-юридическій характеръ нашей дисциплины, становящейся вслѣдствіе такого внесенія наукою антрополого-юридической или соціолого-юридической. Съ этой точки зрѣнія неправъ Н. С. Таганцевъ, считающій полезнымъ, чтобы наука уголовнаго права считалась съ результатами, добытыми соціологическимъ и уголовно-антропологическимъ направленіемъ, но чтобы она оставалась въ то же время строго юридическою дисциплиною. Это требованіе неисполнимо: уголовное право не можетъ дѣлать заимствованія изъ уголовной антропологіи и соціологіи, слѣпо, безъ критическаго къ нимъ отношенія, и, такимъ образомъ, чисто юридическій характеръ науки долженъ быть утраченъ". Читатель найдетъ нѣсколько ниже подробныя соображенія о значеніи политическаго метода для изученія догмы. Вмѣстѣ съ тѣмъ, не подлежитъ сомнѣнію, что политическій методъ неразрывно связанъ съ использованіемъ данныхъ біологическихъ и соціальныхъ наукъ. Согласенъ и съ тѣмъ, что было бы прямо нелѣпо, воспрещать ученому, хотя бы и юристу по профессіи, самостоятельно, съ помощью надлежащихъ методовъ, обрабатывать эти данныя. Но отсюда вовсе не вытекаетъ то, что полагаетъ г. Гернетъ. Есть множество работъ по уголовному праву (о формахъ виновности, вмѣняемости, причинной связи), авторы которыхъ прежде, чѣмъ дать отвѣтъ на разсматриваемый ими чисто юридическій вопросъ, производятъ весьма обширныя самостоятельныя изысканія въ области психологіи или теоріи познанія. Однако, никому еще не приходило на мысль называть эти работы психолого-юридическими, или теоретико-познавательно-юридическими.

Когда юристъ попутно или предварительно останавливается въ своей книгѣ на какомъ-либо неюридическомъ вопросѣ,—напр., хотя бы изъ области филологіи, и рѣшаетъ его самостоятельно, то мы должны признать, что данная работа заключаетъ въ себѣ рѣшеніе задачъ не только юридической, но также и филологической, что она распадается на двѣ части: на юридическую и филологическую, что авторъ обнаружилъ дарованіе не только юриста, но и филолога, но было бы логически невѣрно утверждать, что авторъ поставилъ себѣ на разрѣшеніе задачу филолого-юридическую, или называть юридическую часть работы филолого-юридической, а филологическую юридико-филологической, равно какъ именовать автора филолого-юристомъ. Конечно, можно ставить вопросъ и шире: интересоваться общею характеристикой труда. Но надо ли еще пояснять, что общая характеристика труда должна опредѣляться свойствомъ его основной проблемы, и что основною слѣдуетъ считать ту, ради которой разсматриваются

должномъ. Подъ правомъ даннымъ, lex lata, слѣдуетъ разумѣть всякое право, данное извнѣ, готовымъ, т. е. какъ дѣйствующее, такъ и утратившее силу, равно какъ право только проектируемое. Требуется лишь одно здѣсь:—чтобы право разсматривалось

всѣ другія. Если основная задача была юридическая, то ясно, что и самый трудъ нельзя квалифицировать иначе, какъ назвавъ юридическимъ. Утверждать, какъ г. Гернетъ, что наука уголовнаго права въ тѣсномъ смыслѣ должна въ настоящее время принять соціолого-юридическій характеръ, нельзя, если имѣть отчетливое представленіе о томъ, что такое юридическая наука.

Такое же точно сліяніе воедино соціологіи съ уголовнымъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ видимъ и у г. Познышева („Основные вопросы ученія о наказаніи", 1904): „юридическое и соціологическое изслѣдованія, говоритъ онъ (стр. XXXIV):—составляютъ не особые виды изслѣдованія, а лишь отдѣльные моменты, отдѣльныя стадіи научнаго изученія явленій". „Самое противоположеніе юридическаго и соціологическаго изслѣдованій" г. Познышевъ признаетъ „логически несостоятельнымъ". „Юридическія явленія представляютъ собой особый классъ общественныхъ явленій. Изучать ихъ не какъ общественныя, а какъ только юридическія, по существу дѣла, совершенно невозможно (стр. XXIX)". Такимъ образомъ, г. Познышевъ, въ сущности, говоритъ то же, что и г. Гернетъ (или, правильнѣе, судя по хронологическимъ датамъ, наоборотъ). Возраженія, сдѣланныя выше, по адресу второго, естественно, сохраняютъ силу и по отношенію къ первому. Остается лишь прослѣдить, *какъ пришелъ* г. Познышевъ къ своему заключенію о принципіальномъ единствѣ изслѣдованій юридическихъ и соціологическихъ? Въ подтвержденіе своего взгляда, г. Познышевъ ссылается на курсы „наиболѣе ревностныхъ сторонниковъ строгаго обособленія юридическаго и соціологическаго изслѣдованій" (проф. Сергѣевскаго и Таганцева), гдѣ, по его словамъ, „можно найти не мало главъ и параграфовъ, выходящихъ за предѣлы того изслѣдованія, которое эти авторы называютъ юридическимъ"... какъ-то: „оцѣнку тѣхъ или иныхъ карательныхъ мѣръ, указаніе на задачи, которыя должны быть преслѣдуемы отдѣльными мѣрами (напр. указанія на задачи тюрьмы) и т. п.", вообще, разсужденія „не только о томъ, что есть и было, но и о томъ, что *должно* быть. Такъ, когда рѣчь идетъ напр. о соучастіи..., стремятся опредѣлить, что должно разумѣть подъ этимъ понятіемъ, и т. д. (стр. XXIX—XXXI)".

Эта ссылка на курсы Таганцева и Сергѣевскаго весьма краснорѣчива. Она, какъ нельзя лучше, выясняетъ читателю путь, которымъ шелъ г. Познышевъ Своимъ заключеніемъ онъ былъ обязанъ слѣдующимъ двумъ допущеннымъ имъ сближеніямъ: 1) замѣтивъ, что въ каждомъ учебникѣ вопросы права разсматриваются не только de lege lata, но и de lege ferenda, въ связи съ политической оцѣнкой существующихъ законоположеній, г. Познышевъ смѣшалъ политику и политическую оцѣнку права съ понятіемъ „соціологическаго изслѣдованія", 2) изъ того же факта обычнаго изложенія догмы совмѣстно съ нѣкоторыми политическими выкладками вывелъ заключеніе о принадлежности ихъ къ составу одной и той же науки уголовнаго права въ тѣсномъ смыслѣ. Это сложное qui pro quo и дало въ результатѣ формулу, унифицирующую правовѣдѣніе съ соціологіей.

какъ данное даннымъ субъектомъ. Пророкъ и новаторъ такъ же нуждаются въ выработкѣ догмы своего ученія, какъ и защитникъ формально санкціонированныхъ нормъ поведенія. Напротивъ, если субъектъ излагаетъ право, какъ воплощающее въ себѣ его личное представленіе о цѣлесообразномъ, желательномъ или должномъ, его изложеніе будетъ имѣть предметомъ уже не lex lata, a lex ferenda.

Можетъ случиться, что desiderata субъекта найдутъ свое полное и законченное воплощеніе въ дѣйствующемъ правѣ, что цѣль построенія будетъ заключаться поэтому не въ реформѣ, а въ оправданіи существующаго права,—работу юриста мы назовемъ тѣмъ не менѣе выполненною de lege ferenda.

Равнымъ образомъ и самая реформа права одинаково можетъ являться плодомъ, какъ прогрессивнаго движенія мысли, такъ и попятнаго, заключаться въ призывѣ къ сформированію новыхъ образованій права, или, напротивъ, къ реставраціи отжитыхъ, давно оставленныхъ. Въ понятіи lex ferenda не содержится ничего кромѣ соотвѣтствія права субъективному представленію о должномъ. Какія соображенія лежатъ при этомъ въ основѣ представленія о должномъ,—формально логическія, политическія или этическія,—не играетъ роли.

Третья задача науки права—оцѣнка даннаго права. Оцѣнка, какъ таковая, не заключаетъ въ себѣ ничего созидательнаго въ строгомъ смыслѣ. Указать недостатки даннаго права еще не значитъ умѣть построить новое право, чуждое

Интересно, что г. Познышевъ сближаетъ соціологію не только съ догмою уголовнаго права, но и съ этикой, и даже объявляетъ себя представителемъ особаго „этико-соціологическаго" направленія въ уголовномъ правѣ (стр. XXXV, прим. 1). Но ясно само собою, что названное направленіе есть non sens, оно немыслимо уже по одному тому, что этика и соціологія не имѣютъ рѣшительно ничего общаго. Одно дѣло,—моральная оцѣнка уголовно-правовыхъ нормъ, и другое дѣло—изученіе, на основаніи опыта и наблюденія, тѣхъ закономѣрностей, которыя характеризуютъ преступность и карательную дѣятельность государства, какъ явленія общественной жизни. Говорить объ этико-соціологическомъ направленіи столько же основанія, сколько объ этико-антропологическомъ или объ этико-уголовно-статистическомъ.



указанныхъ недостатковъ. Но все же и критикомъ можетъ быть только тотъ, кто имѣетъ ясное представленіе, если не о должномъ, то о недолжномъ,—кто обладаетъ если не положительной, то хотя отрицательной стороной способности творчества. Отсюда слѣдуетъ, что всякая оцѣнка такъ же, какъ и построеніе новаго права, неизбѣжно должна носить на себѣ отпечатокъ индивидуальности автора.

Описываемо, оцѣниваемо или творчески созидаемо право можетъ быть:—или какъ чисто логическое построеніе, какъ система понятій; или какъ средство къ достиженію произвольно полагаемыхъ цѣлей, или, наконецъ, какъ проявленіе абсолютнаго, непререкаемаго идеала жизни, какъ воплощеніе нравственнаго императива, какъ осуществленіе безусловно должнаго. Методъ, примѣняемый въ первомъ случаѣ, мы назовемъ догматическимъ, примѣняемый во второмъ—политическимъ, въ третьемъ—нормативно—этическимъ. Три задачи и три метода, приложимые къ разрѣшенію задачъ, даютъ въ общемъ девять сочетаній (описаніе, оцѣнка, построеніе права;—права какъ системы: понятій, цѣлей, нравственныхъ принциповъ). Мы остановимся, однако, лишь на тѣхъ комбинаціяхъ задачъ и методовъ науки права, которые имѣютъ особенно важное практическое значеніе: на догматическомъ описаніи, политическомъ построеніи и моральной оцѣнкѣ права, или, короче, на его догмѣ, политикѣ, этикѣ [1]).

---

[1]) Существующія въ русской литературѣ опредѣленія задачъ науки уголовнаго права отличаются въ большинствѣ случаевъ неполнотою. Такъ, *Таганцевъ* (Право, 1901, № 52) видитъ эти задачи въ „догматическомъ выясненіи и изложеніи началъ дѣйствующаго права и критической ихъ оцѣнкѣ съ точки зрѣнія ихъ устойчивости и жизнепригодности, на основаніи данныхъ практики и началъ науки, на основаніи опыта другихъ народовъ и отечественной исторіи права", между тѣмъ какъ въ число задачъ науки уголовнаго права должно войти, кромѣ догмы и политической оцѣнки даннаго права, еще и построеніе должнаго права, т. е. уголовная политика и этика. Расширеніе объема науки вынуждается единствомъ объекта изученія, которымъ тамъ и здѣсь являются нормы права, разсматриваемыя, повторяемъ, не какъ матеріалъ для познанія сущаго, но какъ выраженіе должнаго.

Наоборотъ, не оставляетъ мѣста для *догмы* та характеристика науки уголовнаго права, которую даетъ проф. Піонтковскій (см. выше примѣч.). Вполнѣ очевидно, что догма не можетъ быть отнесена ни къ наукамъ чистымъ,



Догматическое описаніе права преслѣдуетъ цѣль систематическаго изложенія послѣдняго, преимущественно въ видахъ болѣе легкаго и сознательнаго его усвоенія и примѣненія на практикѣ.

Разлагая нормы на отдѣльные моменты, юристъ начинаетъ разсматривать послѣдніе, какъ понятія; отправляясь отъ частныхъ понятій, восходитъ послѣдовательно къ болѣе широкимъ логическимъ обобщеніямъ, и, въ заключеніе, используетъ послѣднія для выработки нормъ высшаго порядка, или такъ называемыхъ принциповъ права. Но онъ можетъ пойти и въ обратномъ порядкѣ, отправляясь не отъ частныхъ правовыхъ нормъ, но отъ общихъ правовыхъ принциповъ, и въ такомъ случаѣ задачей догматика будетъ раскрыть и доказать послѣдовательное логическое развитіе тѣхъ или другихъ принциповъ въ отдѣльныхъ институтахъ и нормахъ права [1]).

Иныя цѣли имѣетъ въ виду политика права. Въ частности, уголовную политику можно опредѣлить, какъ ученіе о цѣлесообразной уголовной репрессіи. Она распадается на два основныхъ, но тѣсно между собою связанныхъ отдѣла: на ученіе о цѣлесообразной организаціи мѣръ уголовной репрессіи, и на ученіе о цѣлесообразныхъ юридическихъ предположеніяхъ ея [2]). Къ первымъ принадлежатъ:—а) наказаніе,

---

ни къ прикладнымъ, иныхъ же наукъ проф. Піонтковскій не допускаетъ. И если онъ, тѣмъ не менѣе, вводитъ въ составъ своей науки уголовнаго права въ широкомъ смыслѣ, на ряду съ политикой и криминологіей, также и уголовно-правовую догму, то уже явно въ ущербъ послѣдовательности.

[1]) Проф. Піонтковскій („Наука уголовнаго права, ея предметъ, задачи содержаніе и значеніе“), подраздѣляя науку уголовнаго права на криминологію, уголовную политику и уголовную догматику, послѣднюю опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ (стр. 14): „уголовная догматика имѣетъ предметомъ своего изученія тѣ правовыя нормы, въ которыя облекается борьба съ преступностью, задачею—построеніе этихъ нормъ соотвѣтственно цѣлямъ этой борьбы“. Такъ какъ построеніе нормъ соотвѣтственно какимъ либо цѣлямъ составляетъ несомнѣнную задачу уголовной политики, то совершенно нельзя понять, чѣмъ же собственно, по системѣ проф. Піонтковскаго, уголовная догматика отличается отъ уголовной политики, и какая была надобность матеріалъ, относящійся къ уголовной политикѣ, разбивать на рубрики: уголовной политики въ тѣсномъ смыслѣ, и еще уголовной догматики?

[2]) Изслѣдованіе основъ соціальной реформы, какъ средства борьбы съ пре-



въ смыслѣ намѣреннаго причиненія страданія отдѣльнымъ лицамъ, и б) мѣры полицейской безопасности, примыкающія къ наказанію, или его замѣняющія, по скольку они направлены не къ общему оздоровленію условій общественной жизни, а непосредственно обращены на внушающую опасеніе личность въ цѣляхъ ея обезвреженія. Вторыя—предположенія репрессіи—могутъ заключаться: или въ соціальной опасности дѣйствія, отвѣчающаго составу опредѣленнаго преступленія, или же въ соціальной опасности самого субъекта дѣйствія, удостовѣряемой присутствіемъ на немъ особыхъ клеймъ, анатомо-физіологическихъ или соціологическихъ. Однимъ изъ крупныхъ подотдѣловъ уголовной политики, поскольку она касается цѣлесообразной организаціи наказанія, служитъ такъ называемое тюрьмовѣдѣніе. Послѣднее, однако, разсматриваетъ вопросы не только уголовной, но и административной политики, какъ, напримѣръ,—о способахъ подготовки служебнаго персонала, хозяйственной постановки работъ заключенныхъ и пр.

Третья изъ дисциплинъ, на которыя распадается наука уголовнаго права,—уголовно-правовая этика—еще далеко не пользуется общимъ признаніемъ. Въ то время, какъ одни изъ юристовъ (напримѣръ Листъ) считаютъ возможнымъ ее игнорировать, относятся къ ея запросамъ съ нескрываемой ироніей,—другіе (какъ проф. Петражицкій) не признаютъ за нею права на самостоятельное существованіе, инкорпорируютъ ее въ составъ политики права [1]). Если иронія пер-

---

ступленіемъ, лежитъ внѣ компетенціи уголовной политики. Обсужденіе какой либо соціальной реформы исключительно съ точки зрѣнія уголовной политики, какъ завѣдомо одностороннее, было-бы столь же безцѣльно, какъ и безплодно. Соціальныя реформы есть дѣло соціальной политики. Криминалисты могутъ участвовать въ обсужденіи возникающихъ здѣсь вопросовъ, но рѣшать послѣдніе должны представители *всѣхъ* заинтересованныхъ въ данной реформѣ частныхъ политикъ, и притомъ совмѣстно.

[1]) Ср. Петражицкій, „Введеніе въ изученіе права и нравственности". 1905, стр. VII и сл.: „задача политики права заключается: 1) въ раціональномъ направленіи индивидуальнаго и массоваго поведенія посредствомъ соотвѣтственной правовой мотиваціи, 2) въ совершенствованіи человѣческой психики, въ очищеніи ея отъ злостныхъ, антисоціальныхъ склонностей, въ насажденіи и укрѣ-



выхъ объясняется склонностью къ чисто утилитаристическому истолкованію нравственной проблемы, позволяющему этику всецѣло растворять въ политикѣ, то въ отношеніи второй доктрины должно замѣтить слѣдующее: объединеніе этики права съ правовой политикой заключаетъ въ себѣ здоровую мысль о нормативномъ главенствѣ первой надъ второю. Совершенно вѣрно, что устойчивость политическому курсу сообщаетъ только его подчиненіе безусловнымъ императивамъ морали, что одна лишь этика призвана быть кормчимъ политики, что только подъ ея началомъ политика, какъ знаніе, становится достойной изученія, ея указанія пріобрѣтаютъ общественно научную цѣнность. Но отсюда еще не слѣдуетъ, что этика и политика должны быть сливаемы въ одну общую дисциплину. Въ самомъ дѣлѣ: политика учитъ тому, что наиболѣе выгодно, что изъ ряда представляющихся возможностей ближе и проще всего ведетъ къ достиженію той или другой цѣли, но не касается вовсе вопроса о томъ, насколько само достиженіе цѣли нравственно позволительно или обязательно. Политическій методъ не можетъ служить къ рѣшенію этой задачи уже по одному тому, что оцѣнка права, какъ цѣлесообразнаго средства, еще не можетъ служить основаніемъ для оцѣнки самой цѣли. Судить о цѣли, какъ о желаемомъ конечномъ измѣненіи въ существующихъ фактически отношеніяхъ, или, иначе, дать абсолютную оцѣнку цѣли въ состояніи только этика. Политика гетерономна, ея цѣли лежатъ внѣ ея, къ ней обращаются съ запросомъ лишь о средствахъ, въ предположеніи, что цѣли установлены, тогда какъ этика—автономна, она вѣдаетъ цѣли, и только цѣли, игнорируя вовсе вопросъ объ ихъ практической осуществимости.

Въ то же время нельзя не видѣть, что раздѣльное освѣщеніе матеріала съ точекъ зрѣнія этики и политики вынуждается соображеніями удобства научнаго изслѣдованія, инте-

---

пленія противоположныхъ склонностей. . . . . Идеаломъ является достиженіе совершенно соціальнаго характера, совершенное господство дѣйственной любви въ человѣчествѣ“.



ресомъ раздѣленія труда. Императивы этики играютъ рѣшающую роль въ дѣлѣ нравственной оцѣнки политическихъ построеній, но они не могутъ руководить политикомъ въ дѣлѣ изысканія и наиболѣе выгоднаго использованія средствъ, пригодныхъ для достиженія цѣлей. Мѣсто императивовъ этики заступаютъ здѣсь соображенія физической и нравственной природы различныхъ категорій преступниковъ, психологіи массъ, бытовыя, финансовыя, экономическія, удобствъ административнаго управленія и пр. Сложная и трудная работа надъ практическимъ примиреніемъ дѣйствительности и идеала, надъ приведеніемъ ихъ къ компромиссу, отвѣчающему условіямъ мѣста и времени, сообщаетъ политикѣ права вполнѣ опредѣленное содержаніе, какъ наукѣ правно-технической.

Съ другой стороны, нельзя отрицать возможность построенія системы правовыхъ началъ безъ вниманія къ условіямъ конкретной обстановки, практическимъ запросамъ жизни и наличнымъ средствамъ ихъ удовлетворенія. Таковы всѣ вообще построенія „доктринеровъ", претендующія на вѣчное и повсемѣстное значеніе. Въ дѣйствительности эти построенія суть попытки абстрактнаго, прямолинейнаго развитія основныхъ постулатовъ этики. Какъ не пропущенныя сквозь горнило политики, они конечно не приложимы къ жизни, но ихъ непрактичность, очевидная политическая безпомощность ни мало не умаляетъ высокаго ихъ значенія, какъ системы этическихъ императивовъ.

Но если, такимъ образомъ, уголовныя этика и политика представляютъ самостоятельныя развѣтвленія науки уголовнаго права, и каждая имѣютъ свои опредѣленныя *частныя* задачи, то, одинаково, не подлежитъ сомнѣнію, что практика построенія права требуетъ обычно совмѣстнаго примѣненія нормъ какъ этики, такъ и политики. И мы не довели бы до конца своей задачи—представить систему науки уголовнаго права,—если бы, въ заключеніе, не установили также и должнаго соотношенія обѣихъ дисциплинъ.

Предъявленіе общаго требованія,—что уголовно-политическія построенія должны соотвѣтствовать идеально-нравственнымъ цѣлямъ жизни,—еще нельзя считать рѣшеніемъ проб-

лемы. Ибо вслѣдъ затѣмъ немедленно возникаютъ спорные и трудные вопросы: во-первыхъ, о томъ, насколько, вообще, осуществимо требуемое согласованіе, и второй вопросъ,—объ условіяхъ осуществимости [1]).

Скептическое отношеніе къ возможности благопріятнаго рѣшенія обоихъ составляетъ весьма распространенное явленіе. Многіе полагаютъ, что отрицаніе нравственныхъ цѣлей лежитъ въ самомъ существѣ уголовной репрессіи. Какъ бы ни было организовано уголовное наказаніе, оно всегда въ высшей мѣрѣ мучительно, представляетъ собою актъ грубаго принужденія, и примѣненіе его, силою вещей, не можетъ быть ограничено сферой нравственныхъ интересовъ наказываемаго. Начать уже съ того, что въ большинствѣ случаевъ къ наказаніямъ присуждаются взрослые, психически уравновѣшенные люди, по свойству характера и совершеннаго преступленія, вовсе и не нуждающіеся въ какой либо общественной опекѣ. Наказаніе примѣняется къ нимъ только затѣмъ, чтобы уголовная угроза не сдѣлалась пустымъ, ни къ чему не обязывающимъ звукомъ. Не лучше обстоитъ дѣло и съ такъ наз. исправительными наказаніями. Законодатель и здѣсь имѣетъ въ виду не нравственное благо наказываемаго, но общественную пользу. Вѣдь въ лучшемъ случаѣ путемъ наказанія можно добиться *соціальнаго* приспособленія субъекта, сообщить ему навыки къ осѣдлой и трудовой, формально правомѣрной жизни, но практически нельзя разсчитывать достичь, хотя въ сколько нибудь широкомъ масштабѣ, *нравственнаго* возрожденія преступника, если онъ только не юноша и не ребенокъ.

Эти возраженія противъ нравственной правомѣрности наказанія въ устахъ произносящихъ ихъ представляются совершенно послѣдовательными. Ясно, что съ точки зрѣнія опредѣленной нравственной догмы, какъ, напр., христіанской или

---

[1]) Краткій очеркъ отношенія уголовно-правовыхъ школъ,—классической и школы соціальной обороны,—къ затронутымъ ниже вопросамъ уголовной политики и уголовной этики см. въ моей статьѣ „Этико-политическое направленіе въ уголовномъ правѣ“ (Журн. Мин. Юст., 1903 г., Мартъ).



буддійской, отношеніе къ уголовному наказанію инымъ, какъ отрицательнымъ, и быть не можетъ. Идеалы и практика жизни здѣсь настолько расходятся между собою, что всякая попытка реформировать уголовное право въ смыслѣ совершеннаго ихъ примиренія неминуемо приводитъ къ построеніямъ уголовной репрессіи, которыя, съ одной стороны, удивляютъ своей непрактичностью [1]), съ другой,—существенно понижаютъ и тѣмъ компрометируютъ самый идеалъ [2]). Въ этомъ отношеніи, какъ нельзя болѣе, правъ графъ Л. Н. Толстой, съ высоты христіанскаго идеала сурово и безповоротно осудившій всякое земное правосудіе, и не пожелавшій унизить своего ученія исканіемъ реформы, которая могла бы примирить первый со вторымъ [3]).

---

[1]) Таковъ въ особенности проектъ Varga, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, II Th. См. о немъ прим. 1 на стр. 120 и сл. ч. I моего изслѣдованія „Наказаніе, его цѣли и предположенія".

[2]) Таковы, въ особенности, desiderata Вл. Соловьева (Собр. соч., т. VII, стр. 585—588): „Общественная опека надъ преступникомъ съ цѣлью его возможнаго исправленія . . . — вотъ окончательное опредѣленіе „наказанія" . . . согласно съ нравственнымъ началомъ". „Лишеніе свободы на болѣе или менѣе продолжительный срокъ, опредѣляемый не заранѣе, а сообразно съ дѣйствительными перемѣнами въ состояніи преступника, а затѣмъ принудительныя работы для собственной пользы и для вознагражденія потерпѣвшихъ—вотъ и все содержаніе нормальнаго наказанія. Первое и основное условіе успѣшнаго рѣшенія исправительной задачи есть конечно то, чтобы во главѣ пенитенціарныхъ учрежденій стояли люди способные къ такому трудному и высокому назначенію—избранные юристы, психіатры, моралисты и лица съ истиннымъ религіознымъ призваніемъ". Какъ хорошо на словахъ, но какъ безотрадно на дѣлѣ! Лишеніе свободы на продолжительные сроки удерживаетъ у Вл. Соловьева центральное мѣсто въ системѣ наказаній. По прежнему путемъ лишенія свободы предполагается готовить людей для жизни на свободѣ. Исправительному режиму собираются подчинять одинаково какъ нуждающихся въ исправленіи, такъ и не нуждающихся, а также людей, надѣяться на исправленіе которыхъ нѣтъ достаточнаго основанія. Что сказали бы о хирургѣ, который бы сталъ подвергать мучительнымъ операціямъ людей здоровыхъ, или, напротивъ, завѣдомо неизлѣчимыхъ? По меньшей мѣрѣ, его не назвали бы человѣкомъ гуманнымъ, доброжелательнымъ. Но, что̀ въ особенности неудачно, то это—проектъ порученія тюремъ „моралистамъ и лицамъ съ истинно религіознымъ призваніемъ". Попытка навязать тюрьмѣ нравственно (а не соціально только) исправительныя цѣли ничего не обѣщаетъ кромѣ развитія ханженства и лицемѣрія. Болѣе подробно объ исправленіи, какъ одной изъ задачъ уголовной репрессіи, см. мое изслѣдованіе „Наказаніе, его цѣли и предположенія", ч. I, стр. 121—142.

[3]) Во имя догмата христіанской любви къ ближнему, гр. Толстой



Но догматическая точка зрѣнія,—на которой вмѣстѣ съ другими стоитъ и Левъ Толстой,—не всегда и не вездѣ приложима. Никакая догма, будетъ ли то—юридическая, религіозная или нравственная,—не въ силахъ обнять всего разнообразія жизненныхъ явленій, нуждающихся въ нормировкѣ. Не могутъ: ни право—замкнуться въ опредѣленномъ кодексѣ, ни религія—въ законченномъ исповѣданіи вѣры, ни мораль—въ точно зарегистрированномъ нравственномъ ученіи. Жизнь духа всегда выше догмы, какъ ея частнаго воплощенія въ условіяхъ мѣста и времени. Догма не самоцѣльна. Не человѣкъ для субботы, но суббота для человѣка. Пусть наказаніе формально противорѣчитъ исповѣдуемой нами нравственной догмѣ,—оно спасаетъ нравственное благо, которое нельзя не признать высшимъ,—самую возможность нравственной жизни.

Нравственное основаніе права наказанія аналогично юридическому основанію—права нужды. То и другое одинаково не могутъ быть оправданы съ догматической точки зрѣнія, но должны быть оправданы съ точки зрѣнія сверхъ—догматической, во вниманіе къ цѣлямъ, ради которыхъ установлена догма. Нравственная догма имѣетъ задачей обезпечить выполненіе опредѣленной нравственной программы. Но вѣдь прежде, чѣмъ говорить о выполненіи программы опредѣленнаго содержанія, надо обезпечить формальную возможность нравственной жизни, какъ таковой, независимо отъ тѣхъ или

отрицаетъ не только право наказанія, но и право необходимой обороны,—отрицаетъ послѣднее даже и тогда, когда опасность нападенія грозила жизни третьихъ лицъ. Но здѣсь, мнѣ думается, нельзя согласиться съ гр. Толстымъ, даже если стать на точку зрѣнія самой догмы. Въ самомъ дѣлѣ:—что совершаетъ тотъ, кто завѣдомо позволяетъ разбойнику убить ребенка? юридически—попустительство убійства, но съ нравственной точки зрѣнія—прямое убійство. Юридически попущеніе не тождественно съ совершеніемъ, но предъ судомъ морали равно отвѣтственны оба: какъ непосредственный виновникъ, такъ и попуститель. Имѣть возможность спасти человѣка и не спасти его,—то же самое, что убить его,—совершенно послѣдовательно, съ своей точки зрѣнія, судили канонисты. Поэтому, въ примѣрѣ съ разбойникомъ, отецъ не имѣетъ на выборъ—нарушить или не нарушить норму „не убей". Онъ нарушаетъ ее одинаково, какъ бы ни поступилъ; выбирать онъ можетъ лишь между объектами убійства: *кого* убить, разбойника или сына? Что отецъ нравственно долженъ предпочесть первое, казалось бы, лежащимъ внѣ сомнѣнія.



другихъ подробностей ея устава. Нравственная жизнь не замыкается личностью индивида,—моя нравственная жизнь можетъ имѣть иное содержаніе, чѣмъ твоя, или его, но формально моя, твоя и его жизнь едина. Всѣ мы не болѣе, какъ временные и случайные общники нравственной жизни человѣчества. Лишь немногое въ этой жизни принадлежитъ намъ, носитъ отпечатокъ яркаго индивидуализма,—главное содержаніе нашей нравственной жизни мы почерпаемъ готовымъ,— оно не болѣе, какъ преходящій отблескъ нравственной жизни цѣлаго. И то, что безусловно необходимо для спасенія этой жизни, нравственно необходимо.

Уголовное право не стремится къ непосредственному проведенію въ жизнь какихъ либо началъ добра, оно не требуетъ любви къ ближнему, караетъ не за ея отсутствіе. Все, къ чему оно стремится, это—оздоровить общественную атмосферу, устранить условія, которыя дѣлаютъ ее непригодной для нравственной культуры. Насиліе, обманъ, эксплоатація, пренебреженіе законными обязанностями—таковы начала общественной жизни, противъ которыхъ направлены главныя усилія уголовнаго законодателя. Salus populi suprema lex esto—принципъ лежащій въ основѣ карательнаго права. Но salus populi, спасеніе народа, нельзя отождествлять ни съ понятіемъ общаго блага, ни съ общественною безопасностью. Salus populi, это—общественность, какъ совокупность внѣшнихъ условій, создающихъ или гарантирующихъ возможность нравственной жизни, или—что то же—нравственнаго прогресса.

Но выполнить эту задачу, оградить общественность, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, только и можетъ практика государственно принудительныхъ мѣръ. Стоило бы отмѣнить существующія правовыя сдержки и наиболѣе суровую изъ нихъ— уголовное наказаніе, и неминуемо наступило бы то, что еще Гоббсомъ названо было войной всѣхъ противъ всѣхъ, bellum omnium contra omnes. Безграничный просторъ для развитія чисто животной борьбы за существованіе неминуемо разложилъ бы общество, а слѣдомъ за нимъ и нравственный міръ человѣка.

Вполнѣ ошибочно думать, что нравственная жизнь, нрав-

ственное сознаніе мыслимо и внѣ условій организованной общественной жизни. Примѣръ подвижнической жизни отшельниковъ здѣсь еще отнюдь не можетъ служить доказательствомъ. Анахоретами, подвижниками не рождаются. Жизни въ пустынѣ предшествуетъ жизнь въ міру, она-то и преподаетъ отшельнику начатки нравственной жизни. Да и вся красота, весь подвигъ отшельнической жизни покоится на ея контрастѣ съ мірскою общественно организованной жизнью остальныхъ людей, заключаясь въ добровольномъ отказѣ отъ ея радостей и культурныхъ удобствъ. Съ распаденіемъ общества, жизнь анахорета утратила бы всякій этическій смыслъ, обратилось бы въ одинъ изъ пріемовъ борьбы за существованіе.

Нравственный законъ можетъ требовать отъ человѣка величайшаго самопожертвованія, отказа отъ имущества, правъ на уваженіе согражданъ, отъ личной свободы и даже отъ самой жизни, но отреченія отъ нравственнаго міра, отъ самой возможности нравственной жизни моральный законъ не можетъ потребовать, не вступая въ противорѣчіе съ самимъ собой. Если же признать, что только въ организованномъ общеніи человѣку открыта возможность нравственной жизни, и что предупредить распаденіе этой общественной связности нельзя иначе, какъ посредствомъ уголовнаго наказанія,—послѣднее не можетъ не быть оправдано. Пока уваженіе къ личности не укоренилось въ нравственной природѣ всѣхъ и каждаго, существованіе общества должно быть обезпечено хотя бы и довольно грубыми мѣрами воздѣйствія.

При такой постановкѣ вопроса, само собой отпадаетъ возраженіе, которое обычно и не безъ основанія приводятъ противъ такъ наз. утилитаристическихъ или эвдемоническихъ теорій о правѣ наказанія, а именно,—что „цѣль не можетъ оправдывать средства",—въ предѣлахъ догмы, да, не можетъ. Если я признаю, что мое поведеніе подлежитъ урегулированію съ точки зрѣнія опредѣленнаго нравственнаго закона, то, конечно, я не могу оправдывать свой образъ дѣйствій никакими ближайшими или дальнѣйшими цѣлями, какъ бы высоки или прекрасны они ни были. Напротивъ, если то, что

я дѣлаю, выходитъ за предѣлы догмы, если я убѣжденъ, что установитель догмы предусматривалъ, какъ типичныя, иныя отношенія, чѣмъ тѣ, которыя составляютъ предметъ оцѣнки, если поэтому нарушеніе догмы здѣсь только видимое, чисто формальное, то для оправданія содѣяннаго не требуется даже и высокой цѣли. Кто изъ васъ, говорилъ Христосъ, увидя въ субботу, что овца его упала въ колодезь, не пойдетъ и не вынетъ ее? И это говорилъ тотъ, кто, по собственному его признанію, пришелъ не нарушить законъ, но исправить его, научить болѣе совершенному его пониманію.

Добрая цѣль не оправдываетъ дурного средства. Но наказаніе не есть *дурное* средство. Ибо нѣтъ догмы, которая бы осуждала его. Наказаніе, заслуживающее нравственнаго оправданія, предполагаетъ условія, на которыя догма не распространяется. Мы знаемъ, что человѣчество не отступало предъ величайшими жертвами ради огражденія общественной среды отъ разрушающихъ ее началъ,—очевидно, будетъ приносить ихъ и впредь. Оно не можетъ поступать иначе. Для человѣчества отказъ отъ этихъ жертвъ былъ бы равносиленъ нравственному самоубійству, которое такъ же немыслимо, какъ и физическое.

Только что же отсюда слѣдуетъ? То-ли, что моралистъ-практикъ долженъ мириться съ какими угодно жестокостью, насиліемъ, поруганіемъ человѣческой личности, признавать разумной *всякую* репрессію, лишь бы она отвѣчала указанной цѣли? Мы подошли къ вопросу уголовной этики, практическая важность котораго неоспорима: въ какихъ предѣлахъ наказаніе можетъ быть оправдано нравственно? Если *идея* правомѣрнаго наказанія совпадаетъ по существу съ идеею права нужды, то, очевидно, и *условія* правомѣрности тамъ и здѣсь должны быть одинаковы.

Для того, чтобы содѣянное по нуждѣ могло быть оправдано юридически, теорія ставитъ слѣдующія 3 условія: 1) чтобы благо нарушаемое по своему значенію не выдерживало сравненія съ благомъ охраняемымъ (напр., я ломаю чужую палку, защищая жизнь отъ хулигана; бѣгу по чужому нескошенному лугу, спѣша на помощь утопающему и пр.), 2) чтобы на-

рушеніе низшаго или меньшаго блага было единственнымъ средствомъ защиты высшаго или бо́льшаго, и 3) чтобы само нарушеніе было заключено количественно въ предѣлы крайней необходимости. Тѣ же самыя требованія должны быть предъявлены и къ наказанію.

Для иллюстраціи, попробуемъ примѣнить найденную формулу къ наказанію смертной казнью [1]) и пожизненнымъ заключеніемъ. Не будемъ касаться вопроса о политической цѣлесообразности обоихъ наказаній [2]). Ограничимся ихъ испытаніемъ съ точки зрѣнія уголовной этики. И мы убѣдимся, что найденная нами формула оправдываетъ и покрываетъ далеко не всякую мѣру репрессіи. Съ нравственной точки зрѣнія, во образѣ смертной казни и пожизненнаго заключенія мы встрѣчаемъ безспорный эксцессъ карательнаго правомочія. Право нужды предполагаетъ коллизію благъ, цѣнность которыхъ несоизмѣрима. Но въ правѣ ли мы разсматривать благо нравственной жизни отдѣльнаго человѣка, какъ нѣчто несоизмѣримо менѣе цѣнное въ сравненіи съ благомъ нравственной жизни хотя бы, скажемъ,—всего человѣчества? Утверждать что либо подобное не значило ли бы вносить въ расцѣнку правовыхъ благъ критерій количественный тамъ, гдѣ единственно допустимъ качественный? Вѣдь разсуждая послѣдовательно, мы неминуемо должны были бы прійти тогда къ чудовищному выводу, что одинъ человѣкъ не въ правѣ убить для своего спасенія 100 или 1000, но сто или тысяча человѣкъ въ правѣ убить съ тою же цѣлью одного человѣка.

Если необходимость охраненія нравственной жизни есть

---

[1]) Не трудно осудить, какъ дѣлаютъ обычно, смертную казнь на основаніи внутреннихъ велѣній совѣсти и представленій объ идеальномъ общественномъ строѣ, но подобная аргументація, какъ ни почтенна сама по себѣ, едва ли особенно продуктивна. Ибо она будетъ понята и принята лишь тѣми, кто исповѣдуетъ такое же точно нравственное и соціальное credo,—убѣждать которыхъ, какъ уже убѣжденныхъ, въ сущности и не требуется. Необходимо найти объективные этическіе доводы, которые одни могутъ претендовать на общеобязательное значеніе.

[2]) Вопросъ о цѣлесообразности наказанія смертной казнью мною разсмотрѣнъ въ „Правѣ“, за 1906 г., № 22.



ultima ratio уголовной этики, то въ правѣ ли мы посягать на то, что составляетъ естественно необходимое вмѣстилище этого ratio? Бо́льшая часть остальныхъ жизненныхъ благъ (имущество, политическія права) носитъ характеръ служебный, значеніе ихъ только производное, по отношенію къ нимъ допустимъ учетъ не только качественный, но и количественный, но благо, которое само составляетъ конечную цѣль, логически не можетъ быть мыслимо, какъ средство, ведущее къ этой цѣли, какъ нѣчто, чѣмъ позволительно было бы жертвовать ради этой цѣли. Если признать, что охраненіе нравственной жизни, какъ спеціальной отрасли сознанія, есть крайній и послѣдній принципъ уголовной этики, то, очевидно, и охранять и цѣнить эту жизнь слѣдуетъ не только въ *совокупности* тѣхъ временныхъ сосудовъ, въ которые она разлита, но и въ каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Равную оцѣнку со смертной казнью получаетъ, естественно, и наказаніе пожизненнымъ заключеніемъ, въ особенности, одиночнымъ. Если тюрьма, какъ срочное изъятіе изъ общества, представляетъ *частное* отрѣшеніе отъ нравственной жизни, то пожизненное заключеніе, какъ отрѣшеніе навсегда, не можетъ быть разсматриваемо иначе, какъ моральное *убійство* человѣка. Отъ смертной казни оно отличается только бо́льшею медлительностью. Въ нѣсколько минутъ, цѣною невыразимаго ужаса, тамъ достигается то, къ чему здѣсь, въ теченіе ряда лѣтъ, приводятъ тоска и отчаяніе.

Не менѣе рѣшительному нравственному осужденію подлежатъ, конечно, и тѣлесныя наказанія. Если смертная казнь посягаетъ на нравственную жизнь тѣмъ, что уничтожаетъ тѣло, ея естественное вмѣстилище, то розги и плеть, не уничтожая, но оскверняя тѣло, тѣмъ проще достигаютъ конечнаго результата—нарушенія нравственной жизни индивида. Тѣлесныя наказанія прямо калѣчатъ то, что смертная казнь посредственно уничтожаетъ.

Несомнѣнно, что каждое наказаніе до извѣстной степени депримируетъ наказываемаго, понижаетъ тонъ его нравствен-

ной жизни, но ни одно въ такой мѣрѣ, какъ тѣлесное наказаніе. Знаменателенъ фактъ, что тѣлесныя наказанія были вычеркнуты изъ уголовныхъ кодексовъ раньше самой смертной казни.

Не требуется быть пророкомъ, чтобы предугадать, что въ томъ же направленіи будетъ совершаться и дальнѣйшая эволюція наказанія:—не удовлетворяясь гуманизаціей одной физической стороны репрессіи, законодатель и судъ должны будутъ приложить особыя усилія къ уменьшенію *нравственнаго* зла, причиняемаго наказываемому [1]): на ряду съ позорящими наказаніями должна возникнуть система наказаній, *менѣе* позорящихъ (custodia honesta). Этотъ благодѣтельный параллелизмъ впервые дастъ возможность ввести экономію въ примѣненіе *болѣе* позорящихъ наказаній.

Но принятый нами критерій нравственной правомѣрности наказанія предъявляетъ къ законодателю еще и другое требованіе (см. выше п.п. 2 и 3). Законодатель отнюдь не долженъ успокаиваться видомъ внѣшняго порядка, господствующаго въ странѣ при данномъ исторически режимѣ. Онъ никогда не долженъ забывать, что этотъ порядокъ всегда въ концѣ концовъ покоится на принужденіи и причиненіи страданія. Руководящимъ принципомъ движенія въ законодательствѣ можетъ быть только начало свободы, въ смыслѣ сокращенія принужденія и неразрывно связаннаго съ нимъ страданія до возможнаго minimum'а. Нравственный долгъ и политическая мудрость предписываютъ законодателю производить періодическія пробы сокращенія мѣръ принужденія, въ надеждѣ, что правовыя нормы настолько усвоены населеніемъ, что частью стали излишни, частью могутъ быть снабжены болѣе мягкой карательной санкціей. Популярность идеи условнаго осужденія, которое въ глазахъ народа всегда будетъ не чѣмъ инымъ, какъ предоставленіемъ суду факультативнаго

---

[1]) Ср. мой трудъ „Наказаніе, его цѣли и предположенія", ч. I, 1902, стр. 71, 116 и сл. На Западѣ въ лучшихъ тюрьмахъ физическое зло наказанія уже и теперь сведено до minimum'а, но у насъ, конечно, и въ этомъ отношеніи еще непочатый уголъ работы.



права оставлять преступленія безъ наказанія, объясняется именно тѣмъ, что забота о возможномъ смягченіи репрессіи переходитъ здѣсь съ законодателя на самый судъ, т. е. на органъ, который стоитъ гораздо ближе къ жизни, точнѣе знаетъ ея запросы, функціонируетъ непрерывно и можетъ лучше, чѣмъ законодатель, соразмѣрить возможную гуманизацію репрессіи съ необходимостью принятія должныхъ мѣръ противъ истинныхъ враговъ общественности. Практика условнаго осужденія имѣетъ стать со временемъ лучшимъ статистическимъ показателемъ нравственныхъ успѣховъ общества. Чѣмъ болѣе растетъ число освобожденій, при неизмѣняющемся процентномъ отношеніи числа даннаго рода преступленій къ росту населенія, тѣмъ болѣе глубокою и совершенною, при равенствѣ прочихъ условій, слѣдуетъ считать нравственную жизнь въ данной странѣ.

Мы установили предметъ науки уголовнаго права, ея задачи и основныя подраздѣленія, выяснили вмѣстѣ съ тѣмъ взаимную связь отдѣльныхъ развѣтвленій науки и должное соотношеніе ихъ. Перейдемъ теперь къ болѣе обстоятельному изученію методовъ, съ помощью которыхъ наука уголовнаго права и каждое изъ подраздѣленій ея призваны оперировать. Если разработка догмы, естественно, должна производиться съ помощью формально-логическаго или догматическаго метода, сводящагося къ образованію и разложенію понятій; если политика должна оперировать съ помощью телеологическаго или политическаго метода, состоящаго въ изысканіи средствъ, примѣненіе которыхъ приводило бы къ извѣстной цѣли, и, наконецъ, если этика должна использовать методъ нормативно-этическій, сводящійся къ оцѣнкѣ правовыхъ системъ съ точки зрѣнія общихъ началъ, претендующихъ на абсолютную цѣнность, то спрашивается, должна ли каждая изъ этихъ дисциплинъ,—догма, политика, этика,—довольствоваться методомъ, естественно ей предназначеннымъ, или, напротивъ, слѣдуетъ признать, что такъ строго разграничивать сферы приложенія отдѣльныхъ методовъ нѣтъ основанія.

Что касается этики и политики уголовнаго права, вопросъ не возбуждаетъ какихъ-либо сомнѣній. По скольку политикъ долженъ считаться съ велѣніями этики, или, наоборотъ, моралистъ пожелалъ бы облечь абстрактные императивы въ форму практическихъ постулатовъ,—они, естественно, должны примѣнять и соотвѣтствующіе усложненію задачъ методы: нормативно-этическій въ первомъ случаѣ, политическій—во второмъ. Несравненно болѣе сложнымъ представляется вопросъ о методахъ въ приложеніи къ догматическому описанію даннаго положительнаго права, т. е., вопросъ о томъ, можно ли догму—права вообще и въ частности уголовнаго—разрабатывать съ помощью одного догматическаго метода, или-же она требуетъ примѣненія еще и другихъ методовъ, и какихъ именно?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, слѣдуетъ прежде всего сдѣлать краткій литературный экскурсъ въ область прошлаго. Онъ полезенъ хотя-бы уже въ видахъ ясности изложенія, которая едва-ли достижима при отсутствіи исторической перспективы. Ограничусь для краткости разсмотрѣніемъ матеріала, который даетъ исторія науки уголовнаго права въ Германіи.

За XIX вѣкъ намѣчаются здѣсь, въ дѣлѣ научной разработки положительнаго уголовнаго права, два основныхъ направленія: *идеалистическое* и *формально юридическое*. Представителями перваго были гегельянцы. Не всегда достаточно озабоченные разграниченіемъ дѣйствительности отъ идеала, права существующаго отъ только желаемаго, legis latae отъ legis ferendae, криминалисты гегельянцы не останавливались и предъ такими утвержденіями, которыя совсѣмъ не вытекали изъ словъ и разума закона. Такъ, напр., de lege lata, они отвергали возможность чисто объективнаго вмѣненія, въ смыслѣ уголовной отвѣтственности лицъ, дѣйствовавшихъ помимо вины. Что можетъ быть разумнѣе и справедливѣе, но вѣдь законъ, при извѣстныхъ условіяхъ, допускалъ ее,—допускаетъ, къ сожалѣнію, и до сихъ поръ. Столь же произвольно они вводили въ свои построенія начало свободы воли, что̀, въ частности, дало имъ основаніе отрицать возможность самостоя-

тельной отвѣтственности подстрекателя, и пр. Какъ ни мало научно подобное отношеніе къ законодательному матеріалу, по крайней мѣрѣ, на взглядъ современнаго позитивиста,— фактъ тотъ, что идеалистическое направленіе сохранило свою живучесть въ теченіе ряда десятилѣтій, а въ общежитіи еще и до нынѣ удержался взглядъ на теорію, какъ на субсидіарный источникъ права. Популярность идеалистическаго направленія объяснялась въ значительной мѣрѣ крайнею неудовлетворительностью тогдашняго положительнаго права: послѣднее было все еще проникнуто духомъ грубаго устрашенія, и не было достаточно внимательно къ цѣнности психологической стороны дѣйствія. Теорія предоставляла обществу и судебной практикѣ то, въ чемъ ей отказывалъ законодатель. Въ доброжелательномъ произволѣ ученаго и судьи искали убѣжища отъ жестокости и несправедливости закона.

Съ реформой уголовнаго законодательства, выдвигаются, естественно, и новые запросы къ научной разработкѣ права. Конфликтъ закона и общественной морали мало по малу уступаетъ мѣсто ихъ относительному согласованію. Соотвѣтственно, и произволъ судьи, хотя бы и прикрывающійся фиговымъ листкомъ теоріи, переходитъ въ разрядъ явленій осуждаемыхъ. Та острая потребность, которой онъ удовлетворялъ когда-то, болѣе уже не ощущается. Выростая въ своемъ гражданскомъ правосознаніи, населеніе начинаетъ требовать отъ нормъ, ограждающихъ личную свободу, чтобы они прежде всего были устойчивы,—отъ законодательныхъ формулъ, вносящихъ ограниченіе въ эту свободу,—чтобы истолкованіе ихъ было точно и единообразно. И вотъ, въ удовлетвореніе назрѣвшей общественной потребности, направленіе идеалистическое вынуждено уступить мѣсто формально логическому. Истолкователь права приглашается видѣть въ текстѣ отечественнаго закона не болѣе, какъ матеріалъ для логической абстракціи. Правила формальной логики—единственный методъ, которымъ впредь онъ призванъ оперировать. Наиболѣе типичнымъ выразителемъ этого направленія въ Германіи остается понынѣ Биндингъ [1]).

[1]) Какъ реакція формально логическому направленію Биндинга, выступаетъ



Напрасно было бы умалять значеніе послѣдовательно проводимаго догматическаго метода. Мыслить право, какъ систему понятій, составляетъ неустранимую потребность человѣческаго духа. Равнымъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію,

---

въ новѣйшей германской литературѣ такъ назыв. *реалистическое* направленіе. Абстрактному понятію преступленія, какъ нарушенія нормы, іерингіанецъ Листъ противополагаетъ понятіе преступленія, какъ нарушенія правового блага, юридически защищеннаго интереса. Точка зрѣнія—далеко не новая, и едва-ли особенно продуктивная. Полемизируя съ Биндингомъ по вопросу о сравнительныхъ достоинствахъ формально-логическаго и реалистическаго направленій („Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche", Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswiss., 6 B., стр. 663—698) Листъ не нашелъ болѣе интереснаго сюжета для демонстраціи преимуществъ второго, какъ ученіе объ идеальной конкуренціи. Содержаніе спора извѣстно: требуется рѣшить, одно или болѣе преступныхъ дѣйствій выполняетъ тотъ, кто нарушаетъ сразу, однимъ физическимъ тѣлодвиженіемъ, или однимъ комплексомъ таковыхъ, нѣсколько уголовно-правовыхъ нормъ,—напр., насилуетъ замужнюю родственницу и тѣмъ воспроизводитъ признаки трехъ преступленій: изнасилованія, прелюбодѣянія и кровосмѣшенія? Отвѣтъ, конечно, зависитъ отъ того, что будемъ мы отмѣчать въ понятіи дѣйствія: юридическій-ли моментъ нарушенія нормы, или психо-физическій—произвольнаго тѣлодвиженія: признаемъ нѣсколько преступныхъ дѣйствій въ первомъ случаѣ, и только одно—во второмъ. Не трудно видѣть, что весь споръ вращается исключительно вокругъ вопроса о системѣ: что удобнѣе положить въ основу понятія дѣйствія въ интересахъ стройности и полноты догматическаго описанія дѣйствующаго права. Практически важенъ вопросъ не о томъ, сколько дѣйствій въ технико-юридическомъ смыслѣ слѣдуетъ вмѣнить данному субъекту, а то,—по какой системѣ—сложенія или поглощенія наказаній—долженъ отвѣчать онъ. Но хотя бы рѣшеніе состоялось въ пользу принципа поглощенія (на практикѣ оно выливается въ форму компромисса),—оно ни мало не связываетъ рукъ догматику. Пониманіе преступнаго дѣйствія, какъ физическаго тѣлодвиженія, *логически* отнюдь не приводитъ къ системѣ поглощенія: пусть будетъ признано, что въ приведенномъ примѣрѣ заключается только одно дѣйствіе,—надо помнить, что по закону наказаніе связано не просто съ дѣйствіемъ, но съ дѣйствіемъ преступнымъ, не съ психологическимъ, а съ юридическимъ составомъ дѣйствія; ясно, что, чѣмъ бóльшее количество несовпадающихъ между собою деликтныхъ составовъ обнимаетъ дѣйствіе, тѣмъ соотвѣтственно оно преступнѣе, тѣмъ выше, тѣмъ суровѣе, съ формально логической точки зрѣнія, должно быть назначаемое наказаніе. Но, само собою разумѣется, выбирая между системами сложенія и поглощенія, законодатель всего менѣе думаетъ о формальной логикѣ,—вопросъ рѣшается единственно по соображеніямъ этико-политическимъ. Исторически существующее право никогда не можетъ быть системою нормъ, согласованныхъ по правиламъ формальной логики. Поэтому всякое исчерпывающее, логически согласованное систематизированіе ихъ означало бы только насиліе надъ логикой и вмѣстѣ искаженіе дѣйствительности. То, что Листъ назвалъ реалистическимъ направленіемъ въ правѣ, есть не болѣе, какъ особое своеобразное построеніе

что, дѣйствительно, формальное мышленіе даетъ наиболѣе устойчивую базу для неуклоннаго и единообразнаго примѣненія закона къ жизни. Это было бы по истинѣ идеальное право:—уголовный кодексъ, не требующій отъ юриста пользованія инымъ методомъ, кромѣ какъ формально юридическимъ. Но вмѣстѣ нельзя не видѣть, что примѣняя одинъ догматическій методъ, нельзя ни полностью истолковать, ни правильно систематизировать дѣйствующаго права. Сознательно или безсознательно, юристъ используетъ для той же цѣли еще и другіе методы: политическій и нормативно-этическій.

Прибѣгать къ посредству *политическаго* метода вынуждаютъ догматика, прежде всего, неполнота и неясность права. Бываетъ, и нерѣдко, что норма, необходимая для урегулированія спорнаго отношенія, существуетъ, но неизвѣстно въ точности, т. е., не можетъ быть установлено съ помощью формальнаго мышленія, ея содержаніе. Судьѣ, не

догмы уголовнаго права, контрастирующее Normentheorie Биндинга. Обѣ системы—Биндинга и Листа—имѣютъ каждая свои преимущества и недостатки, но ни та, ни другая, какъ вообще никакое построеніе, сдѣланное исключительно съ помощью формально-логическаго метода, не могутъ претендовать на универсальное значеніе.

Къ предположенію о возможности особаго реалистическаго направленія, контрастирующаго не Normentheorie, какъ частному образованію формально логическаго направленія, но формально логическому направленію, какъ таковому, нельзя отнестись иначе, какъ отрицательно. Противополагаясь формально логическому, реалистическое направленіе тѣмъ самымъ подчеркиваетъ матеріальный моментъ преступленія, выражающійся въ нарушеніи правового блага—юридически охраненнаго интереса. Взятое само по себѣ, это указаніе еще не имѣетъ теоретической цѣнности. Его нерѣдко можно найти и у классиковъ. Еще Т а г а н ц е в ъ опредѣлилъ преступленіе, какъ нарушеніе нормы въ ея реальномъ бытіи. Обращеніе къ матеріальному моменту преступленія не можетъ быть продуктивно, пока послѣдній эксплоатируется исключительно съ помощью все того же формально логическаго метода. Дефектность системы—неизбѣжное послѣдствіе подобной монополіи—не можетъ быть устранена тѣмъ, что формальный методъ будетъ прилагаться къ обработкѣ не юридической (какъ въ Normentheorie), а психофизической стороны общаго состава преступленія. Новые успѣхи въ области истолкованія и систематики дѣйствующаго права могутъ быть достигнуты только путемъ отрѣшенія отъ формально-логическаго направленія въ пользу другого—отличнаго по самымъ методамъ—*этико-политическаго* направленія.

имѣющему права отказывать въ правосудіи, ничего болѣе не остается, какъ самостоятельно изыскать норму, удовлетворяющую если не тексту, то цѣлямъ даннаго кодекса. Беру для примѣра существующія законоположенія о покушеніи. Законодатель не характеризуетъ сколько нибудь ясно состава покушенія. Въ законахъ мы встрѣчаемъ одно шаблонное, безсодержательное опредѣленіе покушенія въ смыслѣ „начала исполненія" преступнаго дѣянія. Достаточно сказать, что теоретики, пытавшіеся болѣе точно опредѣлить понятіе, почти всегда находили возможнымъ согласовать свои дефиниціи съ этой по истинѣ каучуковой формулой [1]). Я думаю, что, при такихъ условіяхъ, единственно пригодный путь къ ближайшему выясненію понятія покушенія по дѣйствующему праву заключался бы въ рѣшеніи вопроса, въ какомъ составѣ умышленное дѣйствіе — неоконченное или безрезультатное — могло бы быть признано цѣлесообразнымъ предположеніемъ репрессіи, если считать доказаннымъ, на основаніи аналогичныхъ примѣровъ, что уголовное наказаніе преслѣдуетъ въ данномъ случаѣ именно тѣ, а не другія цѣли [2]). Коль скоро послѣднія установлены, колебанія судебной практики, всегда и вездѣ возможныя, не могутъ не проявить тенденціи къ последовательному сокращенію, совершенно такъ же, какъ должны сокращаться колебанія маятника, прикрѣпленнаго въ одной неподвижной точкѣ. Опасность судейскаго произвола, съ одной стороны, и формализма судебной практики, съ другой, при гармоническомъ сочетаніи догматическаго и политическаго методовъ истолкованія права, уравновѣшиваютъ одна другую, и тѣмъ самымъ нисходятъ до minimum'а.

Второе, что вынуждаетъ догматика использовать политическій методъ, это—безпомощность, испытываемая имъ, когда приходится входить въ оцѣнку сравнительной существенности тѣхъ или другихъ моментовъ права. Догматическая обра-

---

[1]) Cp. Schweizerisches Strafrecht. Verchandlüngen über d. Vorentwurf. I B., 1896., S. 89: Stooss: es ist der Wissenschaft bisher nicht gelungen, den Versuch zu definiren.

[2]) Опытъ примѣненія политическаго метода къ выясненію понятія покушенія см. въ моемъ „Наказаніе, его цѣли и предположенія", ч. III, стр. 432—438.



ботка законодательнаго матеріала заключается въ разложеніи нормъ на отдѣльные моменты, въ видахъ сведенія послѣднихъ въ тѣ или другія логически высшія нормы. Но вѣдь обобщать законодательный матеріалъ, отвлекать и группировать тѣ или другіе нормативные моменты можно весьма различнымъ образомъ, и, разумѣется, нельзя ожидать, чтобы всѣ правовыя системы были равноцѣнны. Выдѣленіе того или другого признака, признаніе его существеннымъ должно быть поэтому такъ или иначе обосновано. Не всегда и не вездѣ сравнительная оцѣнка признаковъ достижима уже при посредствѣ формальнаго мышленія. Догматическій методъ покоится на предположеніи, что существуетъ право, какъ система, какъ іерархія нормъ; что нормы права сотканы изъ однородныхъ элементовъ, и развиваютъ одни и тѣ же начала. На дѣлѣ мы видимъ другое, какъ разъ обратное. Если давно уже было сказано, что право нелогично по самой природѣ своей, то уголовное—нелогично по преимуществу. Не трудно понять—почему. Уголовное право почти не знаетъ непосредственно имъ самимъ устанавливаемыхъ нормъ; его роль ограничена тѣмъ, что оно снабжаетъ карательной санкціей нормы, принадлежащія другимъ правамъ:—международному, государственному, церковному, финансовому, гражданскому, праву внутренняго управленія и пр. Естественно, что борьба интересовъ, проникающая каждую изъ этихъ правовыхъ сферъ, характеръ компромисса, такъ часто имъ присущій, не могутъ не налагать отпечатка логической непослѣдовательности и на уголовные кодексы. Это—одна причина. Но уголовное право, кромѣ производнаго, имѣетъ еще и свой спеціальный источникъ внутренней логической несогласованности. Единство конечной цѣли репрессіи—борьбы съ преступленіемъ—не исключаетъ великаго разнообразія посредствующихъ, ближайшихъ цѣлей, или, иначе, выбора средствъ къ подавленію преступности. Главное значеніе имѣетъ здѣсь контрастъ политическихъ системъ—общаго и спеціальнаго предупрежденія преступленій. Забота объ общемъ предупрежденіи является доминирующей нотой въ уголовно правовой политикѣ нынѣшняго законодателя, но вмѣстѣ нельзя

не видѣть, что въ цѣломъ рядѣ институтовъ уголовнаго права (законодательство о малолѣтнихъ, досрочное освобожденіе, постановленія о рецидивѣ и пр.) проступаетъ еще и другая забота,—о спеціальномъ воздѣйствіи на самую личность правонарушителя [1].

Проистекающія изъ свойствъ матеріала, затрудненія въ оцѣнкѣ существенности правовыхъ моментовъ посредствомъ формальнаго мышленія вынуждаютъ систематика права обращаться къ помощи политическаго метода. Перемѣна метода означаетъ вмѣстѣ и перемѣну въ критеріи оцѣнки, а новый критерій оцѣнки даетъ и новыя основанія для построенія системы. Достоинство послѣдней опредѣляется теперь уже не соотвѣтствіемъ требованіямъ формальной логики, но исключительно тѣмъ, насколько система способствуетъ пониманію и примѣненію права соотвѣтственно его цѣлямъ, или, какъ въ данномъ случаѣ,—цѣлямъ, преслѣдуемымъ уголовнымъ законодателемъ. При использованіи политическаго метода, тѣ или другія начала могутъ считаться правильно заложенными въ основаніе систематики только при условіи, что они поясняютъ, достаточно политически мотивируютъ различіе средствъ и пріемовъ репрессіи, используемыхъ законодателемъ [2].

Какъ на примѣръ примѣненія политическаго метода къ выполненію задачи систематики права, сошлюсь на проводимое мною разграниченіе понятій уголовной и полицейской неправдъ [3]. Въ основу разграниченія положено мною различіе критеріевъ, используемыхъ законодателемъ въ томъ и другомъ случаяхъ для оцѣнки опасности дѣйствія. Я предложилъ считать деликтъ полицейскимъ, если дѣйствіе воспре-

---

[1]) О системахъ общаго и спеціальнаго предупрежденія преступленій и примиреніи ихъ см. тамъ же, ч. I, 1902, стр. 30—111.

[2]) Ср. Петражицкій, „Введеніе въ изученіе права и нравственности". СПБ. 1905. Стр. 116: „Для того, чтобы образовать и обосновать какую либо правильную теорію, недостаточно констатировать какое либо фактическое бываніе, а надо установить наличность необходимой логической или причинной связи (тенденціи) между специфическимъ признакомъ (differentia specifica) какого либо класса объектовъ (теоретическаго подлежащаго) и чѣмъ либо другимъ (тѣмъ, что относительно этого класса высказывается, теоретическимъ сказуемымъ)".

[3]) Мокринскій, „Наказаніе"... ч. III, стр. 370—396.



щено, какъ таковое, независимо отъ потенціальной оцѣнки, производимой ему субъектомъ,—и уголовнымъ, если его составъ предполагаетъ дѣйствіе, выполненное съ сознаніемъ вредныхъ послѣдствій, или хотя бы при возможности сознанія.

Выдѣляемые по указанному признаку, полицейскіе проступки должны образовать рѣзко обособленную группу правонарушеній, юридическое значеніе которой опредѣляется тѣмъ, что здѣсь могутъ быть приложимы единственно штрафъ, custodia honesta и прочіе виды взысканій, не заключающихъ въ себѣ момента опозоренія. Введеніе въ систему особой рубрики деликтовъ,—неправды полицейской, въ противоположность уголовной, допущено мною на томъ простомъ основаніи, что оно цѣлесообразно, политически продуктивно. Оно отвѣчаетъ контрасту въ самихъ преслѣдуемыхъ законодателемъ цѣляхъ, различію въ намѣчаемыхъ имъ психологическихъ пріобрѣтеніяхъ, въ существенныхъ оттѣнкахъ политики общаго психологическаго принужденія.

И, наконецъ, послѣднее соображеніе въ пользу привлеченія политическаго метода къ дѣлу догматическаго описанія права заключается въ слѣдующемъ:—предоставленная самой себѣ, не контролируемая политически, формально юридическая мысль могла бы легко завести догматика въ дебри ненужнаго теоретизированія, въ разсмотрѣніе излишнихъ юридическихъ тонкостей, въ оторванный отъ практическихъ нуждъ земли „Begriffshimmel“. Эта праздная игра ума была бы въ лучшемъ случаѣ способна затруднить процессъ усвоенія права, въ худшемъ—дать совершенно невѣрное представленіе о правѣ. Какъ на примѣръ пренебреженія политическимъ методомъ, можно указать здѣсь на теоріи криминалистовъ о цѣломъ рядѣ образованій умысла (dolus alternativus, indeterminatus, subsequens), на ученіе о необходимомъ соучастіи и пр. И надо сказать, къ сожалѣнію, что эксцессы подобнаго рода составляютъ удѣлъ не одной только старой классической школы.

Мы опредѣлили значеніе и роль политическаго метода, какъ вспомогательнаго къ догматическому, въ дѣлѣ описанія даннаго права. Но, самъ по себѣ, политическій методъ еще

недостаточенъ для восполненія дефектовъ, порождаемыхъ односторонним увлеченіемъ въ сторону формальной логики. Преслѣдуя принципъ наибольшей работы при наименьшей затратѣ силъ, политическій методъ можетъ легко отклонить теоретика отъ служенія нравственной цѣли права. Примѣромъ примѣненія этическаго метода къ выполненію задачи истолкованія права, не разрѣшимой съ помощью однихъ догматическаго и политическаго методовъ, можетъ служить предложенный мною критерій должной *опасности* дѣйствія въ составѣ уголовнаго деликта [1]). Опасность дѣйствія составляетъ несомнѣнное предположеніе репрессіи по дѣйствующему праву. Но она можетъ быть бóльшею или меньшею. Законъ не устанавливаетъ, да и не можетъ установить ея точнаго предѣла. Съ точки зрѣнія уголовной *политики* можетъ представиться выгоднымъ воспретить всѣ сколько нибудь опасныя дѣйствія, и не трудно понять, къ какимъ невыносимымъ послѣдствіямъ этотъ запретъ приводилъ бы на практикѣ. Лишь обращеніе къ этическому методу, къ началамъ, которыя нравственно оправдываютъ наказаніе, въ состояніи оградить догматика отъ эксцессовъ въ пользованіи политическимъ методомъ.

Привлеченіе этическихъ началъ къ выясненію содержанія положительнаго права имѣетъ, конечно, свои отрицательныя стороны,—грозитъ устойчивости права. Опасность *политическаго* метода умѣряется въ этомъ отношеніи необходимостью сообразоваться съ политической идеей кодекса,—въ пониманіи и проведеніи *этическихъ* началъ благожелательному субъективизму судьи, если не прямо его произволу, открывается болѣе широкое поприще. Но и здѣсь опасность не такъ велика, какъ можетъ казаться съ перваго взгляда. Такъ, во-первыхъ, законодатель можетъ въ большинствѣ случаевъ положить предѣлъ черезчуръ свободному примѣненію этическаго метода своевременнымъ изданіемъ новеллы. Во-вторыхъ, новый критерій не можетъ вести ни къ расширенію рамокъ репрессіи, ни къ обостренію ея. Препятствуетъ принципъ: nulla poena sine lege poenali, обязанный своимъ происхожденіемъ

[1]) Тамъ же, ч. III, стр. 420—488.



вліянію все тѣхъ же этическихъ началъ. Коль скоро наказаніе, съ точки зрѣнія нравственной догмы, заключаетъ въ себѣ отрицаніе конечнаго этическаго идеала, и можетъ быть нравственно допустимо только по праву нужды, то, по общему правилу объ изъятіяхъ, оно, очевидно, не можетъ быть примѣняемо по аналогіи. Въ третьихъ, уголовное право слагается главнымъ образомъ изъ запретовъ,—приказы сравнительно гораздо рѣже снабжаются уголовной санкціей, и, какъ болѣе обстоятельно редактированные, менѣе вызываютъ разногласія на практикѣ. Едва ли, однако, подлежитъ сомнѣнію, что, рѣзко расходясь въ своихъ desiderata относительно положительныхъ формъ поведенія, мы значительно болѣе солидарны въ сужденіи объ отрицательныхъ. Отвѣтить на вопросъ „что дѣлать?“ труднѣе, чѣмъ на вопросъ: „чего не слѣдуетъ дѣлать?“ [1]). Въ четвертыхъ, не надо забывать, что, при нормальныхъ условіяхъ жизни, наказанію могутъ подлежать лишь наиболѣе элементарныя изъ нарушеній общественной морали, которыя едва ли могутъ возбуждать серьезное разногласіе въ ихъ оцѣнкѣ.

Вообще опасеніе, что судья можетъ не оказаться на высотѣ положенія, что при истолкованіи права онъ можетъ легко поддаться увлеченію личными (хотя бы и не грубо матеріальными) и классовыми интересами, мнѣ представляется въ значительной мѣрѣ преувеличеннымъ. Достаточною гарантіей противъ возможности увлеченія личными интересами должны служить тѣ процессуальныя условія, которыми обставлена служба судьи: почетное общественное положеніе, высокій нравствен-

---

[1]) Проф. Покровскій въ статьѣ „Принудительный альтруизмъ“ (Вѣстникъ Права, 1902 г., № 2) не безъ основанія указываетъ, что именно распространеніе на *упущенія* крайне расплывчато редактированнаго параграфа 826-го новаго гражданскаго уложенія Германіи (умышленное причиненіе вреда другому какимъ-либо противнымъ добрымъ нравамъ образомъ) грозитъ особенной опасностью судебнаго произвола. Вообще, эта опасность,—какъ видно изъ ряда статей того же автора, посвященныхъ детальному разсмотрѣнію вопроса,—въ гражданскомъ правѣ, въ виду тѣсной связи его съ областью экономическихъ отношеній, часто запутанныхъ и крайне обостренныхъ, должна быть гораздо выше, чѣмъ въ уголовномъ правѣ.

ный и образовательный цензъ, несмѣняемость, выборное начало при замѣщеніи должностей и проч. Болѣе опасности представляетъ возможность проникновенія судьи классовыми интересами, но и здѣсь на помощь правосудію приходятъ, во-первыхъ, тѣ же процессуальныя условія службы (какъ напр. воспрещеніе заниматься торговлей и промыслами, запретъ совмѣстительства и проч.), во-вторыхъ, установленный выше критерій нравственно правомѣрнаго наказанія. Послѣднее допустимо, можетъ быть нравственно оправдано, поскольку оно гарантируетъ общественность, какъ таковую, но не общественность, покоющуюся на преобладаніи тѣхъ или другихъ классовыхъ интересовъ. Въ рукахъ добросовѣстнаго и просвѣщеннаго судьи этическій методъ всего менѣе представляетъ опасности для прочности правопорядка и личной свободы гражданъ.

Важнымъ подспорьемъ въ трудномъ и крайне отвѣтственномъ дѣлѣ примѣненія этическаго метода является для судьи общественное правосознаніе. Я разумѣю здѣсь правосознаніе не массы, не толпы, не большинства, а представленіе о правѣ лучшихъ, избранныхъ людей общества, воспитавшихъ свои нравственныя воззрѣнія не въ кельѣ анахорета и не въ кабинетѣ ученаго, а въ горнилѣ практической жизни, являющихся плотью отъ плоти этого общества, и не заинтересованныхъ лично или классно въ томъ или другомъ рѣшеніи спорнаго отношенія. Судъ присяжныхъ, при правильно организованной системѣ его отсортировки изъ массы населенія, въ этомъ отношеніи представляется болѣе цѣннымъ, чѣмъ судъ коронный, который въ свою очередь болѣе желателенъ, чѣмъ сословный.

Итакъ, мы видимъ, что въ приложеніи къ догматическому описанію даннаго права методы догматическій, политическій и этическій располагаются какъ бы въ извѣстномъ порядкѣ старшинства: первый призванъ согласоваться съ указаніями второго, второй—съ предписаніями третьяго.

Мы убѣждаемся вмѣстѣ съ тѣмъ, что въ дѣлѣ истолкованія и научной систематики дѣйствующаго уголовнаго права этико-политическое направленіе состоитъ въ самой тѣсной

исторической связи съ предшествующими направленіями,— идеалистическимъ и формально-юридическимъ. Приводя въ порядокъ, систематизируя и соподчиняя наиболѣе типичные моменты ихъ обоихъ, этико-политическое направленіе является какъ бы ихъ синтезомъ, послѣднимъ заключительнымъ звеномъ въ развитіи діалектическаго ритма.

С. Мокринскій.

ЭТЮДЫ О ПАРЛАМЕНТАРИЗМѢ.

I.

Отличіе парламентарнаго строя отъ дуалистическаго можетъ быть охарактеризовано слѣдующимъ образомъ. Въ то время, какъ въ дуалистическомъ государствѣ глава правительственной власти, будь ли то монархъ или президентъ, свободно назначаетъ своихъ министровъ, хотя и отвѣтственныхъ передъ органами народнаго представительства, но осуществляющихъ личную его—главы государства—политику,—въ государствѣ парламентарномъ опять-таки монархъ или президентъ связанъ въ выборѣ министровъ указаніями парламента, болѣе или менѣе прямыми или косвенными. Назначенное имъ министерство остается у власти до тѣхъ поръ, пока пользуется довѣріемъ народныхъ представителей. Въ случаѣ его утраты оно должно быть удалено, если произведенные по распущеніи парламента выборы не дадутъ благопріятнаго для него большинства. Во всякомъ случаѣ очевидно, что занимающее его мѣсто министерство должно въ свою очередь опираться на парламентское большинство и такъ далѣе.

Кромѣ этого основного принципа для характеристики парламентарнаго государства обыкновенно выдвигаются и многіе другіе признаки. Такъ, говорятъ о необходимости въ немъ солидарности или однородности министерства, которому присваиваютъ названіе кабинета, отчего и вся система парламентарнаго правительства получаетъ названіе кабинетной

(Kabinettsregierung, gouvernement de cabinet) [1]). Но уже указывалось, что кабинетная система возможна и при отсутствіи парламентаризма [2]). Такая система, въ смыслѣ наличности единства и солидарности правительства, формально имѣла мѣсто въ Пруссіи до реформъ Штейна и Гарденберга, въ Ганноверѣ въ началѣ XIX столѣтія. И, наконецъ, едва ли вообще мыслимо при существованіи конституціонныхъ учрежденій правительство, которое не отличалось бы солидарностью въ той или иной степени. Уже изъ постановленій конституцій нѣкоторыхъ дуалистическихъ государствъ, предусматривающихъ существованіе министерства, дѣйствующаго въ извѣстныхъ случаяхъ, какъ одно цѣлое, явствуетъ, что хотя и не всегда, и въ нихъ правительство должно быть единымъ въ своихъ дѣйствіяхъ [3]). Но къ тому же результату приводитъ и самая природа представительнаго правопорядка. Разъ, хотя бы въ ограниченномъ размѣрѣ, допущенъ контроль народнаго представительства надъ дѣятельностью правительственныхъ органовъ, сплоченіе рядовъ министерства совершается само собой, какъ естественная оборонительная мѣра. При сложности работы правительства въ современномъ государствѣ, контроль и критика народныхъ представителей рѣдко удерживается въ предѣлахъ одного даннаго случая, даже одной данной отрасли управленія. Исходя изъ тѣхъ или иныхъ принципіальныхъ програмныхъ взглядовъ, контроль становится планомѣрнымъ, критика—систематической; и если такой системѣ правительство не противопоставитъ своей, оно само будетъ способствовать своему ослабленію [4]). Конечно, раз-

---

[1]) A. Esmein. Éléments de droit constitutionnel français et comparé 3 éd., p. 114.

[2]) Hatschek. Englisches Staatsrecht (Handbuch d. öff. Rechts) Erst. Band., S. 542.

[3]) Ср. Прусскую конституцію, ст. 57; саксонскую, ст. 11 и т. п.

[4]) Знаменательно, что даже въ абсолютныхъ монархіяхъ такая согласованность, систематичность дѣятельности правительства неизбѣжно обнаруживается, будетъ ли то въ формѣ совѣщанія министровъ или въ формѣ подавленія ихъ однимъ, первымъ, воплощающимъ въ себѣ единую политику даннаго момента, министромъ.



личіе между солидарностью покорныхъ исполнителей воли главы государства, ставшихъ солидарными потому, что высшая власть поставила ихъ одновременно проводить угодную ей политику, и солидарностью людей, именно вслѣдствіе общности ихъ взглядовъ, соединенныхъ для воплощенія ихъ въ жизни, громадно. Но различіе это еще не даетъ права относить солидарность правительства къ существеннымъ признакамъ только парламентарнаго строя.

Если далѣе Hatschek считаетъ нужнымъ упомянуть о томъ, что понятіе парламентарнаго правительства въ Англіи обнимаетъ еще и дѣятельность парламента въ области административной, проявляющуюся въ сотрудничествѣ министровъ и депутатовъ въ разнообразныхъ парламентскихъ комитетахъ, то онъ самъ тутъ же, установивъ аналогію между этими комитетами и парламентскими комитетами типичнаго дуалистическаго государства — Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, убѣдительно доказываетъ, что чего либо специфически свойственнаго парламентарному строю въ системѣ подобныхъ коммисій усмотрѣть нельзя [1]). Еще менѣе правъ тотъ же Hatschek, когда онъ, признавая эту административную дѣятельность парламента, только Англіи извѣстной, противополагаетъ свое, англійское „широкое" понятіе парламентарнаго правительства болѣе „узкому" континентальному. Парламентскія коммисіи извѣстны и континентальнымъ государствамъ. Достаточно остановиться на Франціи. Здѣсь палата депутатовъ, воспользовавшись своимъ правомъ отсылать законопроекты на разсмотрѣніе уже учрежденныхъ для изученія сходныхъ вопросовъ коммисій, создала рядъ фактически постоянныхъ парламентскихъ комитетовъ. Эти комитеты спеціализируются каждый въ своей области и, не ограничиваясь законодательной работой, осуществляютъ самый дѣйствительный контроль надъ дѣятельностью соотвѣтствующаго министерства, вмѣшиваются въ детали управленія, стремятся непосредственно воздѣйствовать на администрацію [2]). То же

---

[1]) Hatschek, ibid., 542.

[2]) Dupriez. Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, 3-me éd, II, p. 386, 434.



можно сказать и о другихъ парламентарныхъ государствахъ. А сверхъ того, и при наличности дуалистическаго строя, парламентскія коммисіи, хотя и избираемыя здѣсь обыкновенно ad hoc и не обладающія передъ лицомъ администраціи должнымъ авторитетомъ, все же играютъ нерѣдко выдающуюся и вліятельную роль [1]). Словомъ, и тутъ, какъ въ вопросѣ о солидарности правительства, дѣло сводится къ неизбѣжному результату функціонированія представительныхъ учрежденій. И здѣсь нетрудно установить различіе между положеніемъ парламентскихъ комитетовъ, имѣющихъ передъ собою независимое министерство, поддерживаемое всею мощью сильной монархической власти, и такихъ же комитетовъ, когда ихъ поставляетъ то же большинство парламента, которое рѣшающимъ образомъ опредѣляетъ политику и составъ правительства. Но если такое различіе о чемъ либо и свидѣтельствуетъ, то только о томъ, что при парламентарномъ строѣ всѣ отдѣльные моменты, характерные для представительнаго правопорядка вообще, обнаруживаются съ особою яркостью и выпуклостью. Яркость и выпуклость эти безспорно важны, но онѣ все же суть только такъ сказать вторичныя явленія парламентарнаго режима. И уже поэтому „континентальное" понятіе парламентарнаго правительства не заслуживаетъ упрековъ за то, что оно считается только съ основнымъ, первичнымъ началомъ парламентаризма—вліяніемъ парламента на составъ и политику правительства. Не въ „узости" тутъ дѣло, а въ весьма похвальной методологической точности.

Нетрудно было бы найти и еще цѣлый рядъ другихъ, также вторичныхъ явленій парламентарнаго строя, которыя нерѣдко возводятся на степень существенныхъ для него признаковъ. Сюда подойдетъ и то, что въ парламентарномъ государствѣ фактическое осуществленіе функціи правительственной власти переходитъ съ главы государства на совѣтъ министровъ, такъ что на немъ какъ бы оправдывается теорія Кон-

[1]) Хорошимъ примѣромъ можетъ служить коммисія прусской палаты депутатовъ, разрабатывавшая въ 1905 году законъ о горныхъ промыслахъ и знакомившаяся на мѣстахъ съ положеніемъ горнозаводческаго дѣла.



стана, отдававшая исполнительную власть министрамъ, а нѣкую нейтральную, умѣряющую власть—королю; и то, что политическая отвѣтственность министровъ передъ парламентомъ пріобрѣтаетъ въ немъ первостепенное значеніе.

Послѣдній пунктъ подаетъ поводъ къ особенно многочисленнымъ недоразумѣніямъ. Политическую отвѣтственность министровъ часто просто отождествляютъ съ самымъ существомъ парламентарной системы, и—преимущественно среди англійскихъ и романскихъ публицистовъ—опредѣленіе политической отвѣтственности, какъ „нравственной обязанности министровъ подать въ отставку въ случаѣ потери ими большинства въ палатѣ“, стало уже ходячимъ [1]). Но при такомъ пониманіи политической отвѣтственности министровъ она неизбѣжно лишается правъ гражданства въ дуалистическомъ государствѣ, на долю котораго остается лишь уголовная отвѣтственность передъ верхней палатой или особымъ верховнымъ судомъ. Подобный же выводъ противорѣчилъ бы и повседневной практикѣ дуалистическихъ государствъ и буквѣ и духу ихъ конституціоннаго законодательства. Конституціи ихъ наряду съ установленіемъ особаго порядка уголовнаго преслѣдованія министровъ за нарушенія конституціи или иныя преступленія должности, провозглашаютъ и общее начало отвѣтственности министровъ за контрасигнированные ими акты монарха, и такъ какъ очевидно, что здѣсь подъ отвѣтственностью министровъ разумѣется нѣчто нетождественное съ уголовной ея формой, - нѣчто болѣе широкое, обнимающее наряду съ уголовной и какую-то другую форму ея, то остается изъ сопоставленія отдѣльныхъ статей конституцій, сюда относящихся, получить опредѣленіе этой второй формы министерской отвѣтственности. Изъ общаго

---

[1]) Esmein, Éléments, p. 619; L. Palma, Corso di diritto constituzionale, 3 éd. v. II, p. 566; Дайси. Основы государственнаго права Англіи, русскій переводъ, 1905, стр. 355: „отвѣтственность министровъ, или то, что министры теряютъ свои должности, если не могутъ удержать за собой довѣрія палаты общинъ“. Также Н. И. Лазаревскій въ сборникѣ „*Конституціонное государство*“ (первое изданіе), стр. 203: „Удаленіе министерства, утратившаго большинство въ палатахъ, обыкновенно называютъ политическою, или парламентскою отвѣтственностью министровъ“.



же ихъ смысла вытекаетъ, что она выражается въ обязанности министровъ давать палатамъ объясненія по предъявляемымъ къ нимъ запросамъ о дѣятельности правительства и, что еще болѣе поучительно, статьи конституцій дуалистическихъ государствъ по этому вопросу тождественны по существу съ соотвѣтствующими статьями конституцій государствъ парламентарныхъ. „Министры короля отвѣтственны. Всѣ правительственные акты короля для своей законности требуютъ скрѣпы министра, который этимъ принимаетъ на себя отвѣтственность".—„Министры, какъ равно замѣщающія ихъ лица имѣютъ доступъ въ каждую палату и должны быть выслушаны по ихъ требованію во всякое время. Каждая палата можетъ требовать присутствія министровъ". — Это статьи 44 и 60 прусской конституціи. „Особа короля неприкосновенна, его министры отвѣтственны".—„Министры имѣютъ право присутствовать въ каждой изъ палатъ и должны быть выслушиваемы по ихъ требованію. Каждая палата имѣетъ право требовать присутствія министровъ". Это текстъ статей 63 и 88 бельгійской конституціи. И если сравнить съ этими постановленіями статью 6 французскаго конституціоннаго закона 25—28 февраля 1875 года: „министры солидарно отвѣтственны передъ палатами за общее направленіе политики правительства и каждый отдѣльно за свои индивидуальныя дѣйствія", то нельзя не признать, что и въ ней просто съ большею точностью изложены тѣ же начала.

Нѣмецкіе публицисты, лучше знакомые съ особенностями дуалистическаго строя и привыкшіе къ болѣе строгимъ опредѣленіямъ характеризуютъ поэтому политическую отвѣтственность министровъ, какъ „обязанность ихъ въ каждый данный моментъ давать парламенту отчетъ въ своей дѣятельности" [1]). Но и эта формула получаетъ весьма разнообразныя толкованія, и прежде всего возбуждаются сомнѣнія относительно объема политической отвѣтственности министровъ. Г. Мейеръ, напримѣръ, признавая ее „необходимымъ результатомъ кон-

---

[1]) H. v. Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate, Berlin, 1904, S. 156; Rehm, Allgemeine Staatslehre, S. 328.



ституціоннаго строя высокаго политическаго значенія", разумѣетъ подъ нею „обязанность министра защищать передъ парламентомъ политическую цѣлесообразность своихъ дѣйствій" [1]). Такое пониманіе политической отвѣтственности не находитъ себѣ ни въ текстахъ законовъ, ни въ данныхъ практики никакихъ основаній. Конституціи говорятъ объ отвѣтственности министровъ за скрѣпленные ими акты главы государства вообще, и неизвѣстно, почему эта отвѣтственность не простиралась бы и на законность или конституціонность ихъ. Потому-ли, что для преслѣдованія министровъ за незаконные акты есть другой путь квалифицированнаго уголовнаго процесса? Но вѣдь простая логика подсказываетъ, что раньше возбужденія уголовнаго преслѣдованія палата всегда поинтересуется получить отъ министра устныя объясненія по поводу признаваемыхъ ею противозаконными дѣйствій. Такъ что, еще до постановленія о возбужденіи или невозбужденіи процесса, которое можетъ и не состояться, если палата удовлетворится данными ей объясненіями,—политическая отвѣтственность уже будетъ осуществлена, отчетъ о законности дѣйствій правительства будетъ данъ. Да и соображенія цѣлесообразности говорятъ за то, что едва-ли въ намѣренія законодателей могло входить такое суженіе политической отвѣтственности, которое дѣлаетъ необходимымъ приведеніе въ движеніе сложнаго аппарата суда надъ министрами, когда дѣло можетъ быть исчерпано простымъ запросомъ [2]). Также лишена основанія и другая попытка ограничить политическую отвѣтственность министровъ въ дуалистическихъ государствахъ сферою дѣлъ, входящихъ въ компетенцію палатъ [3]). Пусть даже правильна конструкція Рема, исходящаго изъ того положенія, что разъ политическая отвѣтственность минист-

[1]) G. Meyer. Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6 Auflage, 1905, S. 683.

[2]) Ср. примѣчаніе Anschütz'a въ его изданія цитированной книги Meyer'a. Unzutreffend ist die Behauptung des Textes, dass die Pflicht des Ministers, dem Parlamente Rede und Antwort zu stehen, nur auf die Frage der Zweckmässigkeit der Regierungshandlungen, und nicht auch auf die der Rechtsgültigkeit (Verfassungsmässigkeit) sich erstrecke. Meyer, ibidem, S. 684.

[3]) Rehm. Allgemeine Staatslehre, S. 350.



ровъ покоится на правѣ парламента требовать отъ нихъ объясненій, то очевидно, что эти объясненія естественно должны не выходить изъ рамокъ тѣхъ дѣлъ, при разсмотрѣніи которыхъ они могутъ быть потребованы, то есть изъ предѣловъ „матеріальной компетенціи палатъ". Пусть такъ. Но непонятно все-таки, въ чемъ же тутъ различіе между дуалистическими и парламентарными государствами. Статьи конституцій и тѣхъ и другихъ, изъ которыхъ выводится начало политической отвѣтственности, обыкновенно почти повторяютъ другъ друга. И почему статьи 63 и 88 бельгійской конституціи имѣли бы одинъ, широкій, а совершенно сходныя съ ними статьи 44 и 60 прусской конституціи какой-то другой, болѣе узкій смыслъ? Не погрѣшая противъ элементарныхъ правилъ логическаго толкованія, изъ тождественныхъ конституціонныхъ постановленій можно сдѣлать только тождественные выводы. Объемъ политической отвѣтственности министровъ и въ дуалистическихъ и въ парламентарныхъ государствахъ или одинаково широкъ или одинаково узокъ. Особой узости его, однако, опасаться не приходится. Самъ Ремъ строитъ свое ограничительное понятіе „матеріальной компетенціи" палатъ на ихъ бюджетномъ правѣ. При этомъ условіи трудно было-бы найти въ жизни современнаго государства правительственный актъ, котораго парламентъ не имѣлъ бы права коснуться.

Съ другой стороны всему институту политической отвѣтственности придаютъ „политическій" характеръ, отказывая ему въ правовой основѣ. Г. Мейеръ считаетъ его предметомъ не „государственно-правового изслѣдованія, а политической и парламентской практики" [1]. Въ согласіи съ этимъ онъ конструируетъ и отвѣтственность канцлера Германской Имперіи передъ Рейхстагомъ, какъ политическое начало, хотя, по его мнѣнію статья 17 имперской конституціи имѣетъ по существу въ виду и юридическую отвѣтственность канцлера, то есть, въ пониманіи Мейера, отвѣтственность за закономѣрность дѣйствій правительственной власти [2]. Та-

[1]) Meyer, ibidem, S. 684.

[2]) Meyer, ibidem, S. 691, Note 3.



ково-же мнѣніе Лабанда. Отвѣтственность канцлера въ силу статьи 17 является и для него „политическимъ принципомъ“, вслѣдствіе отсутствія юридическихъ правилъ относительно практическаго ея осуществленія. Но этотъ политическій принципъ не вполнѣ безрезультатенъ, такъ какъ онъ „обосновываетъ такъ называемую политическую, или парламентскую отвѣтственность канцлера. Практическимъ результатомъ послѣдней оказывается главнымъ образомъ то, что канцлеръ не можетъ уклониться отъ политической необходимости держать отвѣтъ по поводу нападокъ на веденіе имъ дѣлъ въ Рейхстагѣ и Союзномъ Совѣтѣ“ [1]). Однако, если отвлечься отъ часто повторяющагося въ этихъ разсужденіяхъ слова „политическій“, которое едва-ли не играетъ здѣсь роль гипнотизирующаго средства, то построенія Мейера и Лабанда не только утратятъ свою убѣдительность, но и вызовутъ извѣстное недоумѣніе. Въ самомъ дѣлѣ. Какимъ образомъ отвѣтственность, которая „обоснована“ опредѣленной статьей конституціи, можетъ быть все-же называема только „политическимъ“ началомъ? Какимъ образомъ постановленія конституціоннаго законодательства могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ только „политическую необходимость“, а не „правовую обязанность?“ Какимъ образомъ, наконецъ, то, что вытекаетъ изъ данныхъ положительнаго конституціоннаго права, оказывается недостойнымъ „государственно-правового изслѣдованія?“ Если политическая отвѣтственность канцлера Германской Имперіи покоится на статьѣ 17 германской конституціи, а отвѣтственность министровъ другихъ государствъ на совокупности нѣсколькихъ статей изъ конституцій, то и политическую отвѣтственность министровъ слѣдуетъ, подобно уголовной, признать правовымъ институтомъ [2]).

[1]) Laband, Das Staatsrecht d. deutschen Reiches, 4 Auflage, 1, Band, S. 355.

[2]) Hans v. Frisch, ibidem, S. 157: Die Pflicht der Minister, den Kammern Rede zu stehen, ist eine Rechtspflicht, und insofern ist die politische Verantwortlichkeit eine rechtliche.—Ср. также Anschütz въ его изданіи цитированной книги Meyer'a: Politische verantwortlichkeit im Sinne des Textes besagt das Gegenteil von rechtlicher Verantwortlichkeit; die politische Verantwortlichkeit soll eine nicht rehtliche, eine nur tatsächliche sein. Hiergegen lässt sich einwenden, dass die als



Все сказанное свидѣтельствуетъ о существованіи, какъ въ дуалистическихъ, такъ и въ парламентарныхъ государствахъ политической, или парламентской, отвѣтственности министровъ, заключающейся въ юридической ихъ обязанности защищать передъ парламентомъ цѣлесообразность и закономѣрность дѣйствій правительства. Эта обязанность вообще устанавливается писанымъ конституціоннымъ правомъ, такъ что въ государствахъ, знающихъ уголовную отвѣтственность министровъ за нарушенія конституціи, они, въ случаѣ отказа въ дачѣ объясненій парламенту, могутъ быть преслѣдуемы палатами. Уже по одному этому нельзя согласиться съ Лабандомъ, будто споръ о правовомъ или политическомъ характерѣ отвѣтственности германскаго имперскаго канцлера есть лишь споръ о словахъ [1]). Конечно, она покоится на lex imperfecta, пока германская конституція не даетъ законныхъ путей, обезпечивающихъ ея практическое осуществленіе. Но то же ли будетъ завтра, если завтрашній день принесетъ давно жданный германскимъ Рейхстагомъ законъ объ уголовной отвѣтственности канцлера? Да и при данномъ положеніи дѣлъ, развѣ нѣтъ никакой практической разницы между правиломъ политической цѣлесообразности и хотя бы лишенной санкціи правовой нормой? Конституціонное право въ обширной своей части состоитъ изъ leges imperfectae. Слѣдуетъ ли отсюда, однако, чтобы утвержденіе правового характера этихъ конституціонныхъ нормъ было споромъ о словахъ, лишеннымъ практическаго значенія? Казалось бы, установить ихъ правовой характеръ было бы уже потому важно, что только при этомъ условіи можно было бы ихъ изъ предмета „политической и парламентской практики" сдѣлать предметомъ „государственно-правовыхъ изслѣдованій".

Принципъ парламентаризма есть принципъ согласован-

Inalt dieses Verantwortlichkeitsverhältnisses bezeichnete Pflicht die Zweckmässigkeit der Massregeln dem Parlamente gegenüber zu vertreten auf Rechtssätzen beruht, also eine nicht moralische oder tatsächliche, sondern eine Rechtspflicht darstellt, deren Erfüllung auch durch Rechtsmittel-, wenn auch nicht überall durch das besondere Institut der Ministeranklage gesichert ist. Meyer, ibidem. S. 683, Note 2.

[1]) Laband, ibidem, S. 355, Note 2.



ности политики правительства съ желаніями парламентскаго большинства. Естественно поэтому, что въ парламентарномъ государствѣ постоянный контроль парламента, въ формѣ политической отвѣтственности министровъ передъ нимъ, пріобрѣтаетъ первостепенное значеніе. Парламентаризмъ, далѣе, даетъ началу политической отвѣтственности министровъ, новую и самую дѣйствительную санкцію. Парламентъ, которому министерство отказывалось бы давать отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ, могъ бы однимъ вотумомъ недовѣрія, однимъ выразительно мотивированнымъ „порядкомъ дня" лишить такое министерство власти, а, пожалуй, и надеждъ на возвращеніе къ ней. Но эту санкцію нужно строго отдѣлять отъ столь мощно ею гарантируемой и потому столь выростающей въ своемъ значеніи правовой нормы. Только этимъ можно внести полную ясность въ теорію и дуалистическаго и парламентарнаго государства. Дуалистическая Пруссія, какъ и парламентарная Франція, знаетъ политическую отвѣтственность министровъ, и въ этомъ отношеніи статья 6 закона 1875 года объ организаціи государственныхъ властей ничего новаго, кромѣ опредѣленнаго установленія начала солидарности, въ себѣ не заключаетъ. Такое пониманіе ея сразу уничтожаетъ одно серьезное недоразумѣніе. Нерѣдко публицисты, вообще признающіе начало парламентаризма результатомъ „обычаевъ, традицій, общепризнанныхъ соглашеній", нѐ имѣющихъ правового характера, и отождествляющіе его съ политическою отвѣтственностью министровъ, смущались текстомъ этой статьи и усматривали въ ней единственное въ своемъ родѣ положительно-правовое закрѣпленіе парламентарнаго строя. И тутъ же, однако, вновь приходили въ смущеніе, такъ какъ статья 6 говоритъ о политической отвѣтственности министровъ передъ обѣими палатами парламента, а вся совокупность обычаевъ, традицій, общепризнанныхъ соглашеній неопровержимо свидѣтельствуетъ—и съ этимъ соглашаются названные государствовѣды,—что на судьбу министровъ имѣетъ право оказывать рѣшающее вліяніе только нижняя палата [1]). При правильномъ пониманіи статьи 6

[1]) Esmein, ibidem, p. p. 118, 158, 622.



это противорѣчіе устраняется. Она говоритъ единственно о политической отвѣтственности министровъ, которая всегда и вездѣ осуществляется передъ обѣими палатами. Начало же парламентаризма не нашло признанія въ писаной конституціи, французской республики, какъ и ни въ одной другой конституціи, и въ какой-либо статьѣ конституціонныхъ законовъ его искать не приходится. Но, слѣдуетъ ли поэтому отрицать его правовой характеръ вообще и въ немъ видѣть только предметъ „политической и парламентской практики", недостойный „государственно-правового изслѣдованія",—это уже другой вопросъ.

II.

Въ парламентарномъ государствѣ глава исполнительной власти связанъ въ выборѣ своихъ министровъ болѣе или менѣе прямыми или косвенными указаніями нижней палаты парламента. Такова общая характеристика взаимоотношенія, существующаго между органами парламентарнаго государства, — взаимоотношенія, которое по устраненіи прочихъ, весьма цѣнныхъ и интересныхъ, но вторичныхъ, а не основныхъ признаковъ парламентарной системы, оказывается единственно для опредѣленія ея цѣннымъ. Нижняя палата парламента, глава государства и связующее ихъ звено—министерство—вотъ тѣ элементы, права и обязанности которыхъ образуютъ остовъ, а мирное сотрудничество или столкновенія—содержаніе политической жизни парламентарнаго государства. Для полноты характеристики послѣдняго необходимо, однако, имѣть въ виду и роль верхней палаты (изъ парламентарныхъ государствъ только Греція имѣетъ однопалатное устройство), такъ какъ, хотя эта роль и уменьшается неизмѣнно въ своемъ значеніи, но нѣтъ недостатка ни въ рѣзкихъ сужденіяхъ по поводу уменьшенія вліянія верхней палаты, ни въ попыткахъ его оживить.

Уже поверхностное ознакомленіе съ данной здѣсь общею формулировкой начала парламентаризма обнаруживаетъ рядъ

вытекающихъ изъ нея, ею не разрѣшаемыхъ вопросовъ. Глава государства связанъ въ выборѣ министровъ указаніями парламента. Но какова природа этой связи? Дѣйствуютъ ли здѣсь просто правила политической цѣлесообразности, или связь эта есть связь правовая, установленная правовою нормой? Нижняя палата (или, быть можетъ, наравнѣ съ ней и верхняя?) вліяетъ на выборъ министровъ. Но какъ это вліяніе осуществляется? Вотъ рядъ неясныхъ пунктовъ въ данной формулировкѣ парламентарнаго строя, послѣ отвѣта, на которые только и можно будетъ исправить ее, сузить или расширить, сдѣлать ея опредѣленія болѣе точными и обоснованными.

Если обратиться къ классической странѣ парламентаризма, то здѣсь одинъ изъ самыхъ важныхъ намѣченныхъ вопросовъ разрѣшается повидимому съ величайшею простотой. Какимъ способомъ вниманію короны, все еще въ силу своей прерогативы „свободно" избирающей своихъ министровъ, предлагаются лица, долженствующія войти въ составъ кабинета,—это, кажется, не требуетъ даже объясненій. Англійскій парламентъ съ 1681 года, когда въ немъ впервые рѣзко опредѣлились два партійныхъ направленія, и до нашихъ дней дѣлится вообще на двѣ партіи, какъ бы онѣ ни назывались. (Здѣсь, по необходимости, оставляется безъ вниманія появившаяся съ этого года въ англійскомъ парламентѣ независимая рабочая партія, вліяніе которой на функціонированіе парламентарнаго строя еще не можетъ быть учтено). Тѣ или иныя крупныя событія, обыкновенно внутренней политики, даютъ этимъ основнымъ партіямъ новыя названія, вызываютъ подраздѣленіе ихъ на болѣе мелкія группы, даже создаютъ на время рядомъ съ ними ту или иную обособленную партію, но до сихъ поръ правильное чередованіе у власти именно двухъ партій этимъ не нарушалось. Въ критическіе моменты парламентской борьбы партійныя связи окрѣпали и лишали силы игру фракціонныхъ оттѣнковъ, незначительныя обособленныя партіи соединялись съ одной изъ господствующихъ, соединялись „на чистоту", а не въ духѣ непрочныхъ коалицій континенталь-

тальныхъ парламентовъ, и къ услугамъ короны опять оказывалось сплоченное большинство, готовое къ принятію власти. А такъ какъ, въ силу особенностей партійной организаціи въ Англіи, это большинство всегда имѣетъ и признаннаго лидера, то коронѣ остается всегда лишь призвать этого лидера на постъ перваго лорда казначейства, если онъ самъ не пожелаетъ соединить роль главы министерства съ другою неноминальною должностью. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда наличность двухъ или болѣе оттѣнковъ въ одной изъ партій приводитъ къ тому, что въ ней два или болѣе члена пользуются почти равнымъ авторитетомъ, коронѣ не приходится проявить самостоятельность въ выборѣ между ними. Партійная дисциплина заставляетъ партію имѣть всегда только одного признаннаго главу, и дѣло предпочтенія того или другого претендента внутреннее дѣло партіи. Парламентъ этого года далъ тому разительный примѣръ. На постъ лидера оппозиціи претендовали Бальфуръ и Чемберлэнъ. И притомъ авторитетѣ, какимъ пользуется послѣдній, положеніе казалось затруднительнымъ. Однако, партійные переговоры длились недолго, и соглашеніе состоялось въ пользу Бальфура. Онъ занимаетъ теперь мѣсто вожака на скамьѣ оппозиціи Его Величества, и, если бы завтрашній день принесъ невѣроятное извѣстіе о распаденіи либеральной партіи и переходѣ большинства къ консерваторамъ, Его Величеству не пришлось бы справляться со своими личными симпатіями къ Бальфуру или Чемберлэну.

Такое положеніе вещей, являющееся вообще нормальнымъ для Англіи, ввело англійскихъ государствовѣдовъ въ искушеніе возможностью чрезвычайно кратко формулировать долю участія парламента въ образованіи кабинета. Палата общинъ „выбираетъ“ или „назначаетъ“, по ихъ мнѣнію, членовъ правительства. Съ особой опредѣленностью отстаивалъ эту точку зрѣнія Бэджготъ, при чемъ онъ, однако, мудро ограничивалъ избирательныя функціи палаты выборомъ перваго министра, такъ какъ говорить о назначеніи парламентомъ прочихъ министровъ, въ подборѣ которыхъ и корона и въ особенности премьеръ пользуются значительной свободой,—

слишкомъ ужъ очевидно ошибочно. По мнѣнію Бэджгота, первый министръ „выбирается палатою общинъ"; „въ господствующей палатѣ господствующая партія открыто избираетъ себѣ главу, и ея избранникъ становится во главѣ управленія страной", такъ что „въ Англіи есть такой же выборный первый магистратъ, какъ и у американцевъ" [1]). Прежде всего очевидно, что формула Бэджгота не покрываетъ собой двухъ возможныхъ въ рамкахъ англійскаго парламентаризма случаевъ. Какъ быть, когда въ господствующей палатѣ господствуетъ не одна партія, а коалиціонное большинство? Этого вопроса Бэджготъ не затрагиваетъ вовсе. А затѣмъ, какъ обстоитъ дѣло съ выборомъ перваго магистрата, когда онъ засѣдаетъ въ палатѣ лордовъ, а не въ господствующей палатѣ? Это случай, далеко не рѣдкій въ исторіи Англіи, что постъ премьера занимаетъ лордъ, который вынужденъ бываетъ передать представительство кабинета въ нижней палатѣ какому либо крупному коммонеру. Бэджготъ пробуетъ разрѣшить это недоразумѣніе, проводя разницу между „номинальнымъ первымъ министромъ" и „дѣйствительнымъ первымъ министромъ, то есть лидеромъ палаты общинъ" [2]). Но это различеніе въ такой абсолютной формѣ противорѣчитъ фактамъ. Въ 1864 году вождь оппозиціи Дизраэли утверждалъ, что порученіе должности перваго министра члену верхней палаты можетъ со времени билля о реформѣ считаться общимъ правиломъ. И, конечно, эти первые министры изъ лордовъ не всѣ были номинальными. Достаточно назвать графа Дэрби, съ 1858 по 1868 годъ трижды становившагося во главѣ консервативныхъ кабинетовъ. А новѣйшее время, когда практика стала почти совершенно противоположна тому, что говорилъ Дизраэли, видѣло первымъ министромъ такого неноминальнаго главу правительства и партіи, какъ лордъ Сольсбери.

Но даже помимо всего этого, оставаясь на почвѣ наи-

---

[1]) Бэджготъ. Государственный строй Англіи, русскій переводъ, 1905, стр. 71.

[2]) Бэджготъ, ibidem.



болѣе для конструкціи Бэджгота благопріятнаго и нормальнаго для Англіи случая, когда въ господствующей палатѣ господствуетъ одна партія,—можно ли усмотрѣть въ процессѣ образованія кабинета избраніе палатою общинъ перваго министра? Если взять тотъ случай, когда переходъ власти отъ одной партіи къ другой совершается въ періодъ парламентской сессіи, онъ бываетъ вызванъ новою группировкой отдѣльныхъ депутатовъ въ мелкія фракціи, этихъ фракцій въ крупныя партіи. Такимъ образомъ для того, чтобъ доказать наличность избранія перваго министра парламентомъ, пришлось бы доказать, что весь этотъ процессъ перетасовки парламентскихъ группъ совершается подъ вліяніемъ чисто личныхъ соображеній, желанія отдать власть въ руки того или другого лица. Но доказать это, конечно, невозможно. Ибо это значило бы перейти всѣ границы пренебрежительнаго отношенія къ депутатамъ англійской палаты общинъ,—пытаться доказать, что такіе серьезные акты ихъ политической дѣятельности, какъ переходъ отъ одной партіи къ другой, то есть въ концѣ концовъ смѣна одной политической программы другой, совершаются ими единственно въ силу личныхъ соображеній.

Конкретный примѣръ пояснитъ это лучше всего. Когда въ 1846 году министерство Роберта Пиля уступило мѣсто министерству Джона Росселя, этому событію предшествовали слѣдующія обстоятельства. Р. Пиль, глава консервативной партіи, считалъ необходимымъ провести рядъ мѣропріятій по торговой и финансовой политикѣ, которыя не встрѣчали сочувствія у значительной части его партійныхъ единомышленниковъ. Несмотря на то, что ему удалось добиться для своихъ законопроектовъ большинства въ обѣихъ палатахъ, вызванная ими оппозиція въ рядахъ правительственной партіи поколебала положеніе министерства. Эти законопроекты еще не стали законами, а уже новый, внесенный министерствомъ въ палату общинъ билль, который былъ необходимъ ему для борьбы съ разбоями въ Ирландіи, произвелъ еще большее замѣшательство въ правительственномъ большинствѣ. Противники этого Irisch Coercion Bill, а также протекціонисты, не-

довольные торговой политикой Пиля, соединились съ либеральной оппозиціей, и 25 іюня 1846 года билль былъ отвергнутъ нижней палатой большинствомъ въ 73 голоса. На другой день кабинетъ подалъ въ отставку. Сообщая о ней палатѣ, Р. Пиль такъ объяснялъ ея причины. „Если бы онъ не провелъ еще своихъ мѣропріятій по торговой политикѣ, онъ далъ бы коронѣ совѣтъ распустить парламентъ; но такъ какъ ему удалось добиться благопріятнаго для нихъ вотума, то онъ далъ бы такой совѣтъ—единственно въ цѣляхъ сохраненія своего кабинета у власти—только въ томъ случаѣ, если бы могъ съ достаточнымъ основаніемъ предполагать, что новые выборы обезпечатъ ему поддержку сильной, тѣсно съ нимъ связанной общими взглядами по всѣмъ существеннымъ вопросамъ, партіи; такой исходъ онъ при настоящемъ положеніи вещей не считаетъ вѣроятнымъ. Къ тому же онъ думаетъ, что страна послѣ только что пережитаго возбужденія нуждается въ спокойствіи“. 6 іюля лордъ Джонъ Россель принесъ присягу перваго лорда казначейства [1]). Какъ ни вдумываться внимательно въ ходъ событій, приведшихъ лорда Росселя на министерскій постъ, въ нихъ даже въ самой отдаленной перспективѣ нельзя открыть что либо сходное съ выборами „перваго магистрата Англіи“. Рѣшающимъ моментомъ въ исторіи паденія Р. Пиля явился переходъ въ оппозицію части министерской партіи, не желавшей поддерживать финансовую и торговую политику кабинета, находившуюся въ явномъ противорѣчіи съ программою консерваторовъ. Здѣсь дѣло было такимъ образомъ въ чисто принципіальномъ программномъ разногласіи министерства съ большинствомъ парламента, и если попытаться охарактеризовать „волю“ этого большинства, смѣнившаго Пиля Джономъ Росселемъ, то ее придется охарактеризовать не какъ волю къ поставленію вождя оппозиціи на постъ перваго министра, а какъ волю къ превращенію нежелательной, неодобряемой политики.

---

[1]) A. Todd. Ueber die parlamentarische Regierung in England, übersetzt von Assmann, Berlin 1869—71, I, 122—124.



Такой же результатъ получается и при разсмотрѣніи другого возможнаго случая, когда смѣна кабинетовъ бываетъ вызвана исходомъ общихъ выборовъ. Предположеніе, будто при этомъ народъ „избираетъ“ главу правительства, оказывается еще болѣе недопустимымъ. И,—что знаменательно,—это предположеніе падаетъ независимо отъ того, съ какимъ изъ двухъ взглядовъ на сознательность избирателей—положительнымъ или отрицательнымъ—ни подойти къ оцѣнкѣ роли такъ называемаго pays légal. Если избиратели относятся болѣе или менѣе сознательно къ осуществляемымъ ими функціямъ, то при неизбѣжности въ современныхъ государствахъ, съ ихъ сложными, запутанными экономическими и соціальными отношеніями, партійныхъ направленій, подача голосовъ будетъ производиться ими въ зависимости отъ ихъ присоединенія къ той или другой программѣ. Извѣстно даже, что въ государствахъ съ системой выборовъ по спискамъ сознательные избиратели отдаютъ обыкновенно свой вотумъ обязательному списку партіи, хотя бы отдѣльные внесенные въ него кандидаты лично были имъ и нежелательны. Въ этомъ случаѣ голосуются лица, обязующіяся проводить ту или иную программу, то есть въ концѣ концовъ голосуется программа. И если и можно говорить, что, голосуя за программу, косвеннымъ огразомъ голосуешь за лидера партіи, объединенной ею, то все же очевидно, что вопросъ о лицахъ оказывается здѣсь явно на второмъ планѣ. Къ тому же—маленькая подробность—далеко не всегда избиратели въ моментъ подачи голосовъ знаютъ о томъ, будетъ ли имѣть мѣсто въ парламентѣ „избираемый“ ими лидеръ партіи, который можетъ еще быть и забаллотированъ, который, можетъ быть, долженъ еще и укрѣпить въ партіи свое первенствующее положеніе. Такъ что, въ концѣ концовъ о косвенномъ избраніи въ Англіи перваго министра на общихъ выборахъ допустимо говорить только тогда, когда безспорно признанный лидеръ побѣждающей партіи уже имѣетъ мѣсто въ палатѣ лордовъ. Но не то же ли самое получится и при отрицательномъ отношеніи къ сознательности избирателей? Критики представительнаго начала вообще и парламентаризма въ частности

выставляютъ противъ нихъ два рода обвиненій. Или, видя все зло въ партійныхъ организаціяхъ, они утверждаютъ, что свобода дѣйствій избирателей уничтожается давленіемъ партій, навязывающихъ имъ свои программы и своихъ кандидатовъ; или, отрицая силу партійныхъ вліяній, думаютъ, что избиратели руководствуются въ своихъ дѣйствіяхъ болѣе или менѣе своекорыстными расчетами, узко понимаемыми мѣстными интересами, патріотизмомъ колокольни. Но если—при правильности обвиненій—въ первомъ случаѣ все свелось къ тому же, что происходитъ при сознательной партійной группировкѣ избирателей, то во второмъ возможность личнаго участія избирателей въ избраніи „перваго магистрата" принимаетъ еще болѣе неуловимыя формы, „выборы" его становятся еще болѣе „косвенными", число звеньевъ цѣпи, связующей подачу голоса съ появленіемъ новаго премьера, еще болѣе увеличивается.

И здѣсь конкретный историческій примѣръ не будетъ лишнимъ. Пусть послужитъ такимъ примѣромъ одинъ изъ извѣстнѣйшихъ фактовъ парламентской исторіи Англіи—выходъ въ отставку второго министерства Мельбурна, который нѣкоторые склонны считать исходнымъ пунктомъ правильнаго функціонированія парламентарной системы. Правившее съ 1835 года либеральное министерство держалось до 1839 года у власти довольно твердо. Въ этомъ же году оно потерпѣло моральное пораженіе, добившись при второмъ чтеніи законопроекта о пріостановленіи дѣйствія конституціи на островѣ Ямайкѣ большинства только въ 5 голосовъ при переполненной палатѣ. На другой день 7 мая Мельбурнъ подалъ въ отставку. Тогда разыгрался знаменитый инцидентъ съ придворными дамами, смѣны которыхъ требовалъ призванный къ составленію кабинета Р. Пиль, и, за отказомъ послѣдняго отъ даннаго ему порученія, Мельбурнъ съ товарищами вновь занялъ министерскую скамью. Но два года, проведенные еще имъ у власти, были годами непрестанныхъ пораженій въ обѣихъ палатахъ парламента. Наконецъ 27 мая 1841 года, послѣ пораженія правительства по вопросу о налогѣ на сахаръ, въ виду того, что министерство обнаруживало намѣреніе остаться на своемъ посту, Р. Пиль внесъ въ палату общинъ свой

знаменитый вотумъ недовѣрія. Въ первомъ его пунктѣ заявлялось, что „министры Его Величества не пользуются довѣріемъ палаты общинъ въ такой степени, чтобы они могли проводить черезъ нее мѣропріятія, признаваемыя ими существенными для общаго блага“; во второмъ, что „въ этихъ условіяхъ пребываніе ихъ у власти было бы противно духу конституціи“. 4 іюля резолюція Пиля была принята большинствомъ одного голоса. Черезъ 16 дней послѣ спѣшнаго окончанія текущихъ дѣлъ парламентъ былъ распущенъ. Въ согласіи со своими партійными принципами министры вели избирательную кампанію подъ девизомъ: „дешевый хлѣбъ“ и „измѣненіе хлѣбныхъ законовъ“. Интересы земледѣльческой промышленности были такимъ образомъ затронуты за живое, и избиратели послали въ палату подавляющее анти-министерское большинство. Однако, министры предпочли ожидать рѣшенія парламента, съ мнѣніемъ котораго они только и находили нужнымъ считаться. Немедленно же по открытіи сессіи въ обѣихъ палатахъ были предложены и приняты поправки къ отвѣтному адресу на тронную рѣчь, выражавшія недовѣріе правительству. Во время дебатовъ Р. Пиль замѣтилъ между прочимъ, „что было бы явнымъ лишеніемъ палаты общинъ принадлежащаго ей вліянія, если бъ она могла тормозить и порицать дѣятельность министерства, но не могла бы рѣшать его судьбу“. 30 августа Джонъ Россель сообщилъ палатѣ о выходѣ министровъ въ отставку [1]). Послѣ этого министерство Р. Пиля было, конечно, неизбѣжною необходимостью, но все же „избраннымъ“ народомъ его и въ этомъ случаѣ можно было бы назвать развѣ лишь для картинности выраженія. Страна выразила свое несогласіе на политику правительства, парламентъ въ конституціонныхъ пріемахъ оформилъ это рѣшеніе народа, а все послѣдующее было уже рядомъ логически обусловленныхъ выводовъ изъ него.

Въ концѣ концовъ, какъ абстрактныя соображенія, такъ и примѣры политической исторіи доказываютъ,—что въ классической странѣ парламентаризма основнымъ моментомъ въ

---

[1]) Todd, ibidem, I, 109 и слѣд.



функціонированіи парламентарнаго режима является согласованность политической программы правительства (понимаемой, конечно, въ самомъ широкомъ смыслѣ слова, со включеніемъ въ нее экономическихъ и тому подобныхъ мѣропріятій) съ программой, поддерживаемой большинствомъ нижней палаты парламента и санкціонируемой при извѣстныхъ обстоятельствахъ самимъ народомъ на общихъ выборахъ. Если отсутствіе этой согласованности обнаруживается съ достаточной очевидностью, министерство бываетъ вынуждено уступить свое мѣсто другому, берущемуся возстановить гармонію между правительствомъ и палатой.

Если такимъ образомъ даже въ Англіи, гдѣ парламентарная система работаетъ почти съ механическою точностью, она оказывается не тождественной съ системой избранія министерства, органами народнаго представительства, то парламентарныя страны континента еще болѣе подтверждаютъ этотъ выводъ. Быть можетъ, изъ всѣхъ ихъ, оставляя въ сторонѣ Португалію, наибольшее сходство съ Англіей по части парламентаризма обнаруживаетъ Бельгія. И здѣсь рѣшающую роль въ парламентѣ играютъ двѣ крупныя партіи—католическая и либеральная. Еще въ концѣ 18-го столѣтія бельгійская нація дѣлилась на двѣ группы—народъ былъ вѣренъ традиціямъ и догматамъ католицизма, буржуазія въ городахъ воспитывалась преимущественно на французскомъ энциклопедизмѣ. Эти противоположности пустили такіе глубокіе корни, что даже на генеральныхъ штатахъ въ Гагѣ, гдѣ бельгійцамъ приходилось бороться за общее дѣло противъ голландскаго правительства, они часто дѣйствовали далеко не единодушно, расходясь по вопросамъ религіозной и школьной политики. И только въ 1828 году наступленіе рѣшительнаго фазиса освободительнаго движенія привело католиковъ и либераловъ къ объединенію и даже сліянію. Это отсутствіе партій пережило національный конгрессъ и перешло въ молодое бельгійское королевство. За все время консолидированія новаго государства, то есть до заключенія окончательнаго мира съ Голландіей, когда внутренніе вопросы отступали передъ внѣшними, о либералахъ и католикахъ почти забыли и

знали лишь „зеленыхъ“ и „сухихъ“, воинственныхъ и мирныхъ. Но понемногу въ средѣ либеральной партіи стало обнаруживаться неудовольствіе „уніонистской“ тактикой, и въ вопросѣ о школьномъ дѣлѣ либералы и католики вновь рѣшительно разошлись. Еще нѣсколько лѣтъ католики шли за одно съ болѣе умѣренными либералами. И, наконецъ, въ 1846 году процессъ партійной группировки привелъ къ образованію однородной либеральной партіи со строго опредѣленной программой. Послѣдніе либералы-уніонисты перешли въ ряды католиковъ. Съ тѣхъ поръ, хотя въ средѣ либеральной партіи и обособилась группа радикаловъ, или прогрессистовъ, хотя расширеніе избирательнаго права и привело въ палату представителей соціалистической фракціи, смѣна министерствъ неизмѣнно опредѣлялась смѣною двухъ господствующихъ партій. Организація этихъ партій, какъ въ парламентѣ, такъ и внѣ его, чрезвычайно стройна. Избирательная борьба находится всецѣло въ рукахъ партійныхъ комитетовъ, вотумы въ палатѣ также неизмѣнно партійные. Голосованіямъ въ парламентѣ предшествуютъ обстоятельныя партійныя совѣщанія, такъ что въ палатѣ встрѣчаются всегда сомкнутая правая съ сомкнутой лѣвой [1]).

Этой исторіи сліянія и дифференціаціи партійныхъ программъ точно соотвѣтствуютъ судьбы бельгійскихъ министерствъ. Годы отсутствія партійныхъ дѣленій характеризуются столь же лишенными партійной окраски министерствами. Въ періодъ броженія до 1846 года послѣдніе смѣшанные кабинеты опираются на коалицію католиковъ и умѣренныхъ либераловъ. Съ появленіемъ двухъ ясно отграниченныхъ партій у власти начинаютъ чередоваться министерства со строго партійными программами и такъ какъ въ Бельгіи, благодаря желѣзной партійной дисциплинѣ, ряды парламентскихъ фракцій не разстраиваются, пока длятся полномочія парламента, то министерства въ ней пользуются особой устойчивостью, и смѣна ихъ бываетъ обыкновенно вызвана новою группиров-

[1]) Dupriez. Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amerique, 3-me édition, Paris, 1892—1893, I, 235.



кою силъ въ парламентѣ послѣ общихъ выборовъ. При всемъ этомъ бельгійскія партіи отличаются отъ англійскихъ отсутствіемъ во главѣ каждой изъ нихъ признаннаго лидера, благодаря чему здѣсь смѣна первыхъ министровъ еще менѣе похожа на избраніе ихъ законодательной палатой. Король послѣ сверженія правительства всегда имѣетъ передъ собой возможность выбора между нѣсколькими выдающимися представителями новаго большинства. И если правда, что благодаря этому личной иниціативѣ короля остается больше мѣста, то съ другой стороны это убѣдительно свидѣтельствуетъ, что для функціонированія парламентарной системы—а въ Бельгіи она функціонируетъ съ завидною правильностью—существенны не лица, а программы партій. Глава государства, въ зависимости отъ особенностей парламентской жизни страны, пользуется тою или другой степенью свободы въ дѣлѣ выбора министровъ. Существенно лишь, чтобы политика этихъ министровъ была политикою большинства нижней палаты парламента [1]).

Въ двухъ другихъ крупнѣйшихъ парламентарныхъ государствахъ—Франціи и Италіи—еще болѣе ясно выступаетъ рѣшающее значеніе политики большинства нижней палаты въ системѣ парламентаризма. Такъ какъ характерныя свойства различныхъ политическихъ институтовъ съ особою яркостью обнаруживаются въ періодъ ихъ зарожденія и развитія, то, быть можетъ, не безынтересна будетъ исторія возникновенія парламентарнаго режима во французской реставрированной монархіи [2]). Первымъ министерствомъ Людовика XVIII послѣ ста дней было министерство Талейрана, которое вышло въ отставку, едва лишь общіе выборы дали такъ называемую „незамѣнимую“ палату (Chambre introuvable). Его смѣнилъ Герцогъ Ришелье, въ кабинетѣ котораго уже пріобрѣлъ выдающееся вліяніе знаменитый фаворитъ короля Деказъ,

---

[1]) Dupriez, ibidem, I, 212.

[2]) Объ этомъ см. соотвѣтствующія мѣста у Градовскаго, Государственное право иностранныхъ державъ, томъ I (Собраніе сочиненій, т. IV) и Barthelemy. L'inroduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X, Paris, 1904.



продолжавшій играть ту же роль въ слѣдующемъ кабинетѣ Дессоля (25 декабря 1818 г.—15 ноября 1819 г.) и, наконецъ, послѣ его паденія формально ставшій во главѣ правительства. За это время не разъ смѣна министерствъ бывала какъ будто прямымъ результатомъ политической окраски палаты. „Незамѣнимая“ палата была распущена уже герцогомъ Ришелье, такъ какъ ея большинство изъ такъ называемыхъ ультра—роялистовъ подъ личиною монархическихъ принциповъ представляло узко-классовые интересы привилегированныхъ сословій, и разладъ ея съ правительствомъ обнаружился приблизительно черезъ годъ. Деказъ первый понялъ, что кабинетъ, идя рука объ руку съ такимъ большинствомъ, только скомпрометтируетъ идею монархіи, и 6 сентября 1816 года правительство обратилось къ суду избирателей. Въ новой палатѣ министерство, ведшее умѣренно—либеральную политику, опиралось на центръ, руководимый „доктринерами“ съ знаменитымъ Ройе-Колларомъ во главѣ, успѣшно лавируя съ его помощью между оппозиціей „ультра“ на правой и немногочисленныхъ либераловъ на лѣвой. При всѣхъ коренныхъ разногласіяхъ этихъ двухъ крайнихъ партій, ихъ объединяло требованіе парламентарнаго режима. Чувствуя свою силу, обезпеченную имъ ограниченнымъ избирательнымъ правомъ, „ультра“ не останавливались передъ явнымъ противорѣчіемъ требованія для парламента рѣшающаго вліянія на политику правительства собственнымъ ихъ монархическимъ убѣжденіямъ. Ихъ дѣятельность въ этомъ отношеніи представляется весьма послѣдовательной и энергичной, и, когда избиратели замѣнили ихъ въ палатѣ ихъ лѣвыми антиподами, либералы получили отъ нихъ въ наслѣдство готовый аппаратъ парламентаризма. Уже отставка герцога Ришелье въ 1818 году вызвана роялистами. Послѣдніе частичные выборы привели въ палату 25 либераловъ, съ Бэнжаменомъ Констаномъ въ числѣ ихъ, и, боясь за свое положеніе, роялисты воспротивились измѣненію избирательнаго закона, предположенному правительствомъ. Вице-президентами и секретарями палаты были избраны лица, явно настроенныя противъ всякихъ измѣненій избирательнаго права. Ришелье подалъ въ

отставку. Однако, болѣе глубокой причиной его паденія были интриги Деказа и внутренныя недоразумѣнія въ кабинетѣ. Подъ номинальнымъ предсѣдательствомъ Дессоля, кабинетъ, руководимый Деказомъ, эволюціонировалъ вправо. Выборы 1819 года принесли побѣду либераламъ, располагавшимъ уже 90 голосами изъ 257. Деказъ рѣшительно пошелъ навстрѣчу роялистамъ и, избавившись отъ Дессоля, Луи и С.-Сира, попробовалъ проводить программу, поддерживаемую правой. Онъ даже обѣщалъ избирательный законъ, который обезпечилъ бы большинство консерваторамъ. Но роялистамъ этого было мало: имъ нужно было правительство плоть отъ плоти, кровь отъ крови ихъ, имъ нужно было парламентарное министерство. Въ началѣ 1820 года Деказъ былъ уволенъ. Его мѣсто вновь занялъ герцогъ Ришелье. Но и его политика не удовлетворила роялистовъ. Аттаки ихъ противъ министерства становились все болѣе и болѣе упорными, требованіе парламентарнаго режима предъявлялось ими все болѣе и болѣе откровенно. 20 марта 1821 года генералъ Donnadieu вноситъ въ палату обращеніе къ королю съ требованіемъ „уволить министерство, какъ неспособное и анти-французское". Принять это предложеніе еще не рѣшаются, но въ адресѣ королю отъ 5 ноября того же года палата 174 голосами противъ 94 вотируетъ уже недовѣріе кабинету. И когда 8 декабря министръ де-Серръ объясняетъ причины невыхода правительства въ отставку, онъ въ своей рѣчи признаетъ, хотя и съ оговорками, принципъ парламентаризма. „Лица, облеченныя довѣріемъ монарха, говоритъ онъ, обязаны оставить свой постъ только тогда, когда видятъ въ своихъ противникахъ людей, могущихъ принять бразды правленія. При настоящемъ же положеніи вещей, онъ думаетъ, министерство не исполнило бы своего долга, если бы уступило, подъ вліяніемъ несправедливыхъ и неясныхъ нападокъ, свое мѣсто несвязнымъ коалиціямъ, лишеннымъ силы и прочности". Потерпѣвъ въ теченіе трехъ послѣдующихъ дней 4 пораженія, Ришелье обратился къ королю за личной поддержкой. Людовикъ XVIII холодно отвѣтилъ ему, что по аналогіи съ англійскими порядками министерство должно удалиться. Пра-

вая была призвана къ власти. Это было первое открытое признаніе права палаты вліять на образованіе министерствъ, и означало нѣчто большее, чѣмъ временное торжество роялистовъ. И въ ихъ собственной средѣ люди, неослѣпленные политическими страстями, огорчались достигнутымъ тріумфомъ. Они понимали, что ихъ побѣда—Пиррова побѣда, плоды которой рано или поздно будутъ использованы демократіей. Лѣвой пришлось 7 лѣтъ дожидаться приготовленнаго ей правой наслѣдства. Искусно играя распущеніемъ палаты, удерживая свою партію отъ крайностей, Виллель правилъ Франціей до декабря 1828 года, какъ настоящій парламентарный премьеръ. У него была своя „вновь обрѣтенная палата“ (Chambre retrouvée), и онъ думалъ сохранить ее новымъ избирательнымъ закономъ, вводившимъ интегральное обновленіе парламента вмѣсто обновленія его по частямъ. Но въ странѣ росло сильное недовольство реакціонерами, и выборы конца 1828 года дали рѣзко оппозиціонное большинство; либералы насчитывали уже 180 мѣстъ. Послѣ нѣкоторыхъ колебаній Виллель былъ замѣненъ Мартиньякомъ, поведшимъ примирительную политику. Но либеральную оппозицію не такъ было легко успокоить, теперь она въ свою очередь властно требовала парламентарнаго министерства. Мартиньякъ кое какъ продержался до закрытія сессіи. Королю, то есть Карлу X, наслѣдовавшему съ 1824 года Людовику XVIII, оставалось образовать кабинетъ съ программою лѣвыхъ. Но такой шагъ слишкомъ противорѣчилъ бы его политическимъ принципамъ, и онъ рѣшился на попытку возвращенія къ старому, какъ теперь сказали бы, дуалистическому строю. Ультра-реакціонное министерство князя Полиньяка встрѣтилось въ мартѣ 1830 года съ палатой, первымъ актомъ которой было выраженіе протеста противъ не пользующагося ея довѣріемъ правительства и открытое требованіе парламентарнаго режима. 18 марта Ройе-Колларъ прочелъ Карлу X знаменитый „адресъ 221“ (онъ былъ принятъ въ палатѣ большинствомъ 221 голоса противъ 181) [1].

---

[1]) Текстъ см. у Barthélemy, стр. 68.



„Государь! говорилось въ немъ, хартія, которою мы обязаны мудрости Вашего августѣйшаго предшественника, и благодѣянія которой Ваше Величество твердо намѣрены укрѣпить, признаетъ за націей право на участіе въ обсужденіи общихъ нуждъ“.

„Это участіе должно было быть и оно въ самомъ дѣлѣ было непрямымъ, мудро ограниченнымъ, заключеннымъ въ точно опредѣленныя рамки, попытокъ нарушенія которыхъ мы никогда не потерпимъ; но оно положительно въ своихъ результатахъ, ибо оно дѣлаетъ постоянное согласіе видовъ правительства съ желаніями Вашего народа необходимымъ условіемъ правильнаго хода общественныхъ дѣлъ. Государь! наша вѣрность, наша преданность вынуждаютъ насъ сказать Вамъ, что этого согласія не существуетъ“.

Это была ясная и опредѣленная формулировка принципа парламентаризма въ томъ его значеніи, которое было здѣсь установлено, въ смыслѣ обязательности для правительства политики, одобряемой большинствомъ народныхъ представителей. Дальнѣйшія же событія, санкціонировавшія во Франціи парламентарную систему, слишкомъ извѣстны. Король отвѣчалъ на адресъ распущеніемъ палаты. Страна одобрила образъ дѣйствій своихъ представителей, не только переизбравъ 221, но и подкрѣпивъ ихъ новыми оппозиціонными силами. Тогда послѣдовали знаменитые іюльскіе ордоннансы. Важнѣйшими изъ нихъ распускалась не собравшаяся еще палата, властью короля измѣнялся избирательный законъ и возстановлялась предварительная цензура. Это послужило сигналомъ къ революціи, и послѣ трехъ дней уличной борьбы династія Бурбоновъ была низложена, и титулъ короля французовъ принялъ Людовикъ—Филиппъ Орлеанскій, получившій власть изъ рукъ палаты депутатовъ и не пытавшійся мѣшать ей играть подобающую ей въ парламентарномъ государствѣ роль.

Бѣглая характеристика положенія парламента въ современной Франціи и Италіи обнаружитъ тѣ же отличительные признаки парламентарной системы. Эта система водворилась въ третьей французской республикѣ почти съ самаго начала

ея существованія. 24 мая 1873 года президентъ республики Тьеръ, въ то время бывшій еще и активнымъ главою министерства, вышелъ въ отставку вслѣдствіе вотума порицанія палаты депутатовъ. Со вступленіемъ маршала Макъ-Магона на постъ президента элементы парламентарнаго строя стали работать еще нормальнѣе, такъ какъ веденіе активной политики перешло къ совѣту министровъ. Въ выборѣ ихъ Макъ-Магонъ стремился сначала быть строго парламентарнымъ. Онъ началъ съ министерства герцога де-Брольи, бывшаго лидеромъ оппозиціи, низвергнувшей Тьера. Когда въ первой палатѣ, избранной на основаніи законовъ 1875 года, большинство перемѣстилось влѣво, президентъ призвалъ къ власти лѣвый центръ. Когда пало министерство, на него опиравшееся, Макъ-Магонъ обратился къ еще болѣе лѣвому Жюлю Симону. Если бы дѣла шли такъ дальше, парламентаризмъ утвердился бы прочно во Франціи мирнымъ путемъ. Но Макъ-Магонъ попробовалъ по примѣру Карла X, измѣнить его началамъ и тѣмъ вызвалъ опять таки, какъ Карлъ X, лишь торжественное и безповоротное ихъ закрѣпленіе. Рѣшивъ воспротивиться распространенію радикальныхъ идей, президентъ замѣнилъ министерство Жюля Симона министерствомъ де-Брольи. Палата протестовала во имя принциповъ парламентаризма. Президентъ распустилъ палату, и, когда выборы окончились побѣдою лѣвыхъ, пошелъ еще дальше по пути разрыва съ парламентомъ, назначивъ на мѣсто, хотя и не парламентарнаго, но все же парламентскаго, кабинета де-Брольи, такъ называемый „дѣловой“ кабинетъ Рошебуэ, составленный изъ лицъ, постороннихъ палатамъ, Палата депутатовъ отказалась вступить въ сношенія съ правительствомъ и не остановилась передъ крайнимъ средствомъ—отказомъ въ вотированіи кредитовъ. Макъ-Магонъ уступилъ, и 15 декабря новый предсѣдатель совѣта министровъ Дюфоръ прочелъ съ трибуны палаты посланіе президента, объяснявшее его борьбу съ парламентомъ съ точки зрѣнія принциповъ истиннаго парламентаризма. „Пользованіе правомъ распущенія, писалъ Макъ-Магонъ, есть не что иное, какъ обращеніе къ послѣднему рѣшенію судьи, на котораго нѣтъ апелляціи, и не можетъ

быть постоянно примѣняемо. Я счелъ себя обязаннымъ воспользоваться этимъ правомъ, и повинуюсь отвѣту страны" [1]). А съ еще большею ясностью по этому поводу высказался преемникъ Макъ-Магона, Жюль Греви, въ своемъ вступительномъ посланіи къ парламенту. „Со всею искренностью повинуясь великому закону парламентаризма, говорится въ немъ, я никогда не пойду наперекоръ волѣ народа, выражаемой его конституціонными органами" [2]).

Съ тѣхъ поръ парламентарная система не встрѣчала во Франціи препятствій своему развитію. И, если и до сихъ поръ встрѣчаются въ литературѣ утвержденія, что настоящаго парламентаризма во Франціи (то же относится и къ Италіи) и въ наши дни нѣтъ, то тутъ все дѣло опять-таки въ смѣшеніи вторичныхъ моментовъ парламентарнаго строя съ основнымъ его началомъ. Теоріи нерѣдко создаются возведеніемъ отдѣльнаго конкретнаго случая въ общее правило. Именно такъ создались многія „теоріи" о парламентаризмѣ. Парламентарная система, какъ она сложилась въ Англіи съ ея двумя партіями, съ ея лидерами большинства и меньшинства, была раціонализирована, и всѣ ея—только для Англіи типичные—признаки стали общеобязательными признаками всякаго парламентарнаго государства. И такъ какъ такихъ признаковъ много, а въ зависимости отъ личныхъ склонностей любой изъ нихъ можно провозгласить именно особенно важнымъ, основнымъ, то для оцѣнки парламентарнаго режима въ другихъ государствахъ было найдено весьма много разнообразныхъ критеріевъ. Къ наибольшему числу недоразумѣній повела система двухъ партій англійскаго парламента. Достаточно было въ какомъ либо государствѣ найти большее количество парламентскихъ фракцій, чтобъ подвергнуть сомнѣнію „подлинность" его парламентаризма. На континентѣ одна Бельгія могла выдержать такое испытаніе, Франція же и Италія дали самый богатый матеріалъ для констатированія

---

[1]) Charles Lefebvre. Étude sur les lois constitutionnelles de 1875, Paris, 1882, p. 191.

[2]) Lefebvre. Ibidem, стр. 161.



въ нихъ анти-парламентарныхъ явленій.—И дѣйствительно оба эти государства характеризуются не столько организаціей, сколько дезорганизаціей партій [1]). Уже одно количество ихъ останавливаетъ на себѣ вниманіе. Дальше бросается въ глаза расплывчатость ихъ программъ, вызываемая стремленіемъ отразить неуловимые оттѣнки общественныхъ настроеній и облегчающая частый обмѣнъ ихъ своими приверженцами. Вся эта масса „союзовъ“, „группъ“, фракцій „лигъ“ отличается еще и отсутствіемъ дисциплины. Они не покоятся на широкихъ основаніяхъ, охватывающихъ всю страну партійныхъ организацій, они не ведутъ планомѣрной избирательной компаніи, и выставляющіе на свой страхъ и рискъ свою кандидатуру депутаты группируются по фракціямъ уже въ палатахъ. Понятно отсюда, и то, что роль принципіальныхъ, программныхъ разногласій здѣсь часто уступаетъ мѣсто вліянію личныхъ связей, симпатій и интересовъ и то, что анархическія свойства эти не способствуютъ правильности хода парламентской машины.—Министерства Франціи и Италіи—министерства, по общему правилу, коалиціонныя. Незначительность отдѣльныхъ партійныхъ группъ дѣлаетъ необходимымъ сочетаніе въ одномъ кабинетѣ представителей нѣсколькихъ фракцій. Нѣсколько взаимныхъ уступокъ, нѣсколько взаимныхъ обѣщаній, и кое-какъ сработанная коаліціонная программа обезпечиваетъ правительству поддержку большинства, пока новая, нерѣдко неожиданная, нерѣдко случайная комбинація группъ не разстроитъ его и не заставитъ главу государства вновь приступить къ изысканію человѣка, который взялся бы слѣпить еще одинъ непрочный кабинетъ. Бываетъ, что какое-нибудь явленіе внутренней или внѣшней политики придастъ крѣпость единенію случайныхъ товарищей и тогда получится хотя бы та политика концентраціи партій, которая во Франціи не разъ сплачивала разрозненныя группы лѣвой для борьбы съ „врагами республики“.

---

[1]) См. соотвѣтствующія мѣста у Duprie z, т. I, т. II и Лоуэлль, Правительства и политическія партіи въ государствахъ западной Европы, русскій переводъ, Москва, 1905.

Или власть возьметъ въ свои руки человѣкъ, ловко пользующійся тѣмъ маневромъ, который Шарль Дюпюи, самъ не безъ искуства практиковавшій его, называлъ „перекладываніемъ ружья съ праваго плеча на лѣвое и наоборотъ“, и это будетъ Депретисъ, 6 лѣтъ стоявшій во главѣ правительства Италіи и прославившійся политикой tranformismo, заключавшейся въ томъ, что, когда правительство терпѣло пораженіе, первый министръ не выходилъ въ отставку, а дѣлалъ такъ называемое rimpasto, то есть жертвовалъ нѣсколькими членами кабинета и бралъ новыхъ людей то съ лѣвой, то съ правой стороны палаты.

Всѣ эти явленія безспорно печальны, они безспорно мѣшаютъ правильному развитію парламентаризма, они безспорно дискредитируютъ его. Но, независимо отъ того, что во Франціи они уже близки къ исчезновенію и медленное, но неуклонное развитіе демократіи въ послѣдніе годы давало и сплоченное большинство и довольно однородные кабинеты и устойчивую, или по крайней мѣрѣ въ одномъ направленіи развивающуюся политику; что и въ Италіи tranformismo Депретиса стало немыслимымъ;—возможно ли, при самомъ неодобрительномъ къ нимъ отношеніи, основываясь на этихъ явленіяхъ, подвергать сомнѣнію „подлинность“ парламентаризма Италіи и Франціи?

Объ Италіи еще можно спорить. Печальныя событія политической жизни тутъ и въ самомъ дѣлѣ вели иной разъ къ нарушенію началъ парламентаризма. Но въ общемъ несомнѣнно, съ самаго изданія статута Карла Альберта въ Сардиніи и въ послѣдствіи въ объединенномъ итальянскомъ королевствѣ система правительства была парламентарной [1]). Пусть Депретисъ, благодаря rimpasto, уклонялся отъ обязанности выходитъ въ оставку послѣ враждебнаго вотума палаты. Но тотъ же Детретисъ въ 1878 году долженъ былъ оставить власть, такъ какъ палата избраніемъ Кайроли въ президенты выразила косвенно ему недовѣріе. А можно ука-

[1]) Brusa. Das Staatsrecht des Königreichs Italien (Handbuch d. öffentl. Rechts) стр. 158.



зать и изъ болѣе ранняго періода, такъ сказать строго „парламентарные" министерскіе кризисы, какъ послѣ выхода въ отставку Кайроли въ 1878 году вслѣдствіе принятія палатой враждебнаго ему порядка дня, какъ въ 1876 году, когда рѣшительная смѣна большинства въ палатѣ на долгіе годы отдала власть изъ рукъ правой въ руки лѣвой. Въ новѣйшее же время парламентарная система работала въ Италіи съ большою чуткостью, и министерства—недолговѣчныя, въ виду продолжающейся дезорганизаціи партій,—покорно слѣдовали указаніямъ парламента.

То же самое еще болѣе справедливо относительно Франціи. За 35 лѣтъ существованія парламентарной республики, если не считать эпизода съ Макъ-Магономъ, начало парламентаризма ни разу не было нарушено. Вы не найдете здѣсь ни одного открытаго нарушенія его, вы не найдете ни одного министерства, которое попыталось бы остаться у власти передъ выразившей ему недовѣріе или порицаніе палатой. Вы не найдете даже ничего похожаго на тѣ компромиссы, отъ которыхъ не отступали министерства классической Англіи, не разъ обнаруживавшія рѣшимость оставаться въ должности для „выясненія положенія", даже послѣ недвусмысленно-враждебныхъ вотумовъ парламента. Министерства здѣсь оказывались въ значительно большей степени чувствительными къ диссонансамъ въ томъ „согласіи между видами правительства и желаніями народа", о которомъ говорилъ адресъ 221-го. Эта чувствительность подавала даже поводъ къ порицаніямъ. „За время третьей республики, говоритъ одинъ французскій публицистъ, бывало не разъ, что министерства падали изъ за простого оставленія ихъ въ меньшинствѣ, изъ за одного изъ тѣхъ инцидентовъ, въ засѣданіи, которые обыкновенно называютъ „pelure d'orange".. Въ пылу спора голосованіе кончается не въ пользу министерства. Часто большинство готово вернуть свой вотумъ; но уже поздно: министры уже покинули залъ засѣданій, чтобъ вручить президенту республики прошеніе объ отставкѣ" [1]). При такомъ положеніи вещей то сужде-

[1]) Barthélemy, ibidem, 287.—Хорошей иллюстраціей къ этимъ словамъ



ніе, которое обыкновенно высказывается по поводу парламентаризма въ такихъ странахъ, какъ Франція и Италія, слѣдовало бы совершенно перевернуть. Дѣло не въ томъ, что парламентаризмъ въ нихъ дѣйствуетъ неправильно, такъ какъ партіи въ нихъ раздроблены, однородность правительства трудно достижима, коалиціи, почти всегда непрочныя, неизбѣжны. Замѣчательно скорѣе то, что именно, несмотря на всѣ эти явленія, начало парламентаризма дѣйствуетъ все же съ силою непреодолимой. Это обстоятельство, казалось бы, должно было бы прежде всего навести на мысль, что парламентаризмъ покоится на чемъ то иномъ такомъ, что можетъ дѣйствовать и при дробленіи парламента на фракціи и при

можетъ служить засѣданіе палаты депутатовъ 7 марта 1906 года, приведшее къ отставкѣ кабинета Рувье. Дѣло шло о поведеніи правительства въ вопросѣ составленія инвентарей церковнаго имущества на основаніи закона объ отдѣленіи церкви отъ государства. Извѣстно, что составленіе инвентарей вызвало рядъ печальныхъ уличныхъ столкновеній. Въ бурномъ засѣданіи, посвященномъ обсужденію трехъ интерпелляцій, палата почтила четыре рѣчи рѣзко противорѣчиваго содержанія постановленіемъ о распубликованіи. Въ числѣ ихъ была и защитительная рѣчь министра внутреннихъ дѣлъ. Изъ многихъ предложенныхъ формулъ перехода къ очереднымъ дѣламъ министръ-президентъ принимаетъ формулу Рауля Пере:

—„Палата, одобряя объясненія правительства и отвергая всякія поправки, переходитъ къ очереднымъ дѣламъ".

Слѣдуютъ личныя замѣчанія по поводу голосованія. Одинъ изъ интерпеллянтовъ заявляетъ, что исчерпана только первая глава интерпелляціи.

Министръ-президентъ Рувье восклицаетъ:

—„Я прошу тѣхъ, которые думаютъ, что эта интерпелляція можетъ возобновиться завтра и послѣ завтра и еще прерывать обсужденіе бюджета, открыто голосовать противъ меня.

—„Я желаю тѣмъ, что дѣлаютъ такою тяжелой работу правительства, найти себѣ мѣсто въ ближайшемъ кабинетѣ".

Среди общаго волненія, вызваннаго этою репликою, приступаютъ къ голосованію. Засѣданіе прерывается, и по возобновленіи его президентъ провозглашаетъ результаты подсчета голосовъ. Формула Рауля Пере отвергнута 267 голосами противъ 264.

Рувье немедленно подымается, за нимъ всѣ министры.

—„Правительство не интересуется продолженіемъ засѣданія", говоритъ съ нѣсколько ироническою улыбкой Рувье, обращаясь къ президенту палаты.

Министры покидаютъ залъ засѣданій. Въ виду отставки правительства („le gouvernement étant demissionnaire"), палата прерываетъ свои засѣданія на нѣсколько дней.—См. Le Journal, 8 Mars 1906.

отсутствіи лидеровъ большинства и меньшинства, этихъ будто бы выборныхъ, первыхъ магистратовъ вчерашняго, сегодняшняго и завтрашняго дня.

Можно избрать, конечно, еще одинъ путь, и, не подвергая сомнѣнію „подлинность“ парламентаризма Италіи и Франціи, установить наличность двухъ типовъ парламентаризма. Такъ поступаетъ, напримѣръ, В. М. Гессенъ. „Въ государствахъ, въ которыхъ парламентъ разбивается на множество мелкихъ и незначительныхъ партій . . . ., напримѣръ, въ Италіи, власть парламента, по его мнѣнію, сказывается не столько въ назначеніи угоднаго ему министерства, сколько въ смѣщеніи министерства, ему неугоднаго“ [1]). Но такое различеніе едва ли можетъ быть обосновано. Оно было бы правильно въ томъ случаѣ, если бы въ государствахъ англійскаго типа парламентъ дѣйствительно выбиралъ или назначалъ „угодное ему министерство“. Но, кажется, на предыдущихъ страницахъ собрано достаточно доказательствъ въ пользу того, что роль парламента, какъ таковаго, вездѣ въ парламентарныхъ государствахъ одинакова. Его дѣло, независимо отъ того, закрѣпляетъ ли онъ только то, что было сказано страной на общихъ выборахъ, или говоритъ самостоятельно въ періодъ дѣйствія своихъ полномочій—ясно высказать, какая политика пользуется его поддержкой, какая имъ осуждается. Онъ выскажетъ первое, идя рука объ руку съ правительствомъ, онъ выскажетъ второе, „свергнувъ неугодное ему министерство“. Онъ ни въ какомъ случаѣ никакого министерства не назначитъ. И поэтому—такъ какъ вліяніе его съ особою чувствительностью даетъ себя знать въ минуты кризисовъ—считайте его вліяніе, если хотите, въ своемъ родѣ отрицательнымъ. Только тогда считайте его отрицательнымъ всюду, въ Англіи, какъ и въ Италіи. Ибо и въ Англіи парламентъ, „свергнувъ“ кабинетъ, прерываетъ свои засѣданія до составленія новаго министерства, какъ бы символизируя этимъ, что его роль—которую вы назовете отрицательной—сыграна.

---

[1]) В. М. Гессенъ, статья „Теорія правового государства“, въ сборникѣ „Политическій строй современныхъ государствъ“, т. I, стр. 174.



И не бойтесь такимъ названіемъ дискредитировать парламентарный режимъ. Ибо это отрицательное вліяніе парламента, говоря словами адреса 221-го, положительно въ своихъ результатахъ: оно дѣлаетъ согласіе видовъ правительства съ желаніями народа необходимымъ условіемъ правильнаго хода общественныхъ дѣлъ.

Въ области этихъ положительныхъ результатовъ дѣйствія начала парламентаризма имѣютъ значеніе, конечно, всѣ особенности парламентской структуры страны. Большинство, свергнувшее правительство, можетъ быть болѣе или менѣе однородно, контуры программы новаго министерства и даже подробности его личнаго состава могутъ обрисовываться болѣе или менѣе ясно. Это все вещи, весьма важныя для того, чтобы парламентарное государство жило уравновѣшенною политическою жизнью. Но вѣдь отъ того, что во время бурь и непогодъ внѣшнія явленія природы разнятся отъ явленій яснаго, тихаго дня, еще нельзя заключать, что бури и непогоды управляются не тѣми же законами природы, которые господствуютъ надъ яснымъ днемъ, а какими то другими, „неподлинными“.

Если существо парламентаризма заключается не въ томъ, что министерства „выбираются“ или „назначаются“ и „смѣщаются“ парламентомъ, а въ томъ, что парламентъ болѣе или менѣе опредѣленно указываетъ, какой политикѣ онъ даетъ свою поддержку, какую онъ осуждаетъ, то особый интересъ пріобрѣтаютъ тѣ формы, въ которыхъ законодательная палата парламентарнаго государства выполняетъ эти свои функціи.

Уже въ Англіи претензіи имѣть непосредственное вліяніе на назначеніе личнаго состава правительства оставлены парламентомъ едва ли не пять столѣтій тому назадъ. И достойно вниманія, что такія претензіи заявлялись именно тогда, когда политическое значеніе палаты общинъ было еще слишкомъ слабо, чтобъ она могла иными путями заставить правительство сообразоваться съ ея желаніями. По примѣру Commune Concilium Генриха III и магнатовъ временъ Эдуарда II парламентъ возобновилъ свои требованія участія въ назначеніи

министровъ короля съ 1371 года, когда вслѣдствіе сначала дряхлости Эдуарда III, потомъ несовершеннолѣтія Ричарда II, полномочія королевскаго совѣта пріобрѣли особую важность. По свидѣтельству Ансона, „общины стремились добиться контроля надъ исполнительной властью, взявъ въ свои руки назначеніе и выборъ въ парламентѣ канцлера и лорда-хранителя тайной печати, бывшаго главнымъ орудіемъ королевской воли, казначея, отвѣтственнаго за общественные доходы и расходы, камергера, обладавшаго разнообразными и важными правами; наконецъ, дворцоваго интенданта, лица, несшаго отвѣтственность за организацію и управленіе королевскаго двора" [1]). Съ 1422 года общины перестали требовать, чтобъ назначенія членовъ королевскаго совѣта совершались въ парламентѣ. Съ 1459 до 1621 года нѣтъ даже слѣдовъ возбужденія общинами обвиненій (impeachment) противъ министровъ. Попытки контролировать дѣйствія правительства какъ будто прекратились. И когда онѣ появляются вновь, онѣ имѣютъ уже другой, болѣе современный характеръ. Въ 1641 году авторы Великой Демонстраціи требовали отъ короля назначенія только такихъ министровъ и совѣтниковъ, которые пользовались бы довѣріемъ парламента. „Но, замѣчаетъ по этому поводу Ансонъ, они едва ли составили себѣ ясное представленіе о томъ, какимъ способомъ это довѣріе можетъ быть выражено" [2]). Во всякомъ случаѣ еще въ XVIII столѣтіи способъ выраженія парламентомъ недовѣрія далеко не былъ установленъ. Благодаря этому, когда въ 1741 году парламентъ хотѣлъ добиться удаленія знаменитаго Роберта Вальполя, онъ выбралъ примитивную форму адреса къ королю съ просьбой „навсегда изгнать его изъ своего совѣта". Что дало возможность Вальполю назвать адресъ „однимъ изъ самыхъ грубыхъ покушеній на прерогативы короля, которыя когда бы то ни было были дѣлаемы" и вызвать отклоненіе его громаднымъ большинствомъ. Но уже 40 лѣтъ спустя въ

---

[1]) W. Anson. Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre, édition française, II, 26.

[2]) Anson ibidem, II, 120.



1782 году въ палатѣ общинъ была предложена резолюція, заявлявшая, что министерство Норта, на счетъ которому ставилась потеря американскихъ колоній и неудачное веденіе войны, не можетъ больше пользоваться довѣріемъ палаты, возраженій противъ конституціонности ея поднято не было. Она, правда, была отвергнута въ переполненной палатѣ большинствомъ въ девять голосовъ, но немедленно же было сообщено, что она будетъ вновь внесена, если министерство не удалится. Въ день, назначенный для вторичнаго ея обсужденія, лордъ Нортъ извѣстилъ парламентъ о своей отставкѣ [1]).

Въ настоящее время можно насчитать три категоріи формъ, въ какихъ парламентъ выражаетъ свое недовѣріе министерству, и всѣ эти формы соотвѣтствуютъ началу парламентаризма, понимаемому въ смыслѣ обязательности для правительства политики, одобряемой парламентомъ.

На первомъ мѣстѣ слѣдуетъ поставить такъ сказать чистый вотумъ недовѣрія. Это самый рѣшительный и торжественный способъ выразить правительству недовѣріе, такъ что естественно, что къ нему прибѣгаютъ сравнительно рѣдко. Нетрудно перечислить главнѣйшіе случаи парламентской жизни, въ которыхъ онъ выступаетъ на сцену. Онъ обращается къ политикѣ министерства въ широкомъ значеніи этого слова и потому обыкновенно слѣдуетъ за такими актами, въ которыхъ правительство развертываетъ передъ парламентомъ всю программу своей дѣятельности въ болѣе или менѣе общихъ чертахъ. Въ парламентарныхъ монархіяхъ программа правительства излагается прежде всего въ тронной рѣчи, которою открывается сессія палатъ. Поэтому въ Англіи сложился обычай пользоваться отвѣтнымъ адресомъ королю для выраженія отношенія палатъ къ выслушанной ими программѣ. Для выраженія недовѣрія служатъ соотвѣтствующаго содержанія поправки, предлагаемыя къ вносимому министерствомъ проекту адреса. Знаменитѣйшій въ исторіи Англіи вотумъ недовѣрія министерству Мельбурна былъ проведенъ именно такимъ путемъ [2]). Если же смѣна кабинетовъ происходитъ въ теченіе

---

[1]) Todd ibidem, II, 334—335.

[2]) Въ Италіи адресъ въ отвѣтъ на тронную рѣчь признается обыкновенно



парламентской сессіи, тронная рѣчь замѣняется такъ называемой министерской декларацiей [1]). Въ республиканской Франціи такая же декларація естественно прочитывается и новому парламенту, такъ какъ, хотя здѣсь открытіе засѣданій палатъ и не требуетъ обязательно непосредственнаго участія правительства, но формальное ознакомленіе новой палаты депутатовъ является, быть можетъ, еще болѣе необходимымъ. Относительно содержанія деклараціи трудно установить разъ навсегда одни и тѣ же правила—внѣшнія дѣла, внутренній кризисъ, необходимость спѣшныхъ законодательныхъ мѣръ могутъ видоизмѣнять это содержаніе до безконечности,—но въ общемъ она должна заключать въ себѣ точное и возможно полное изложеніе принциповъ, которые министерство кладетъ въ основу своей политики, и ближайшихъ вытекающихъ изъ нихъ мѣръ, законопроектовъ и т. п. Полнота деклараціи во всякомъ случаѣ необходима въ интересахъ самого министерства уже потому, что любой пробѣлъ въ ней можетъ быть пополненъ немедленно интерпелляціей. Какъ бы то ни было, но на изложеніе программы министерства, палата отвѣчаетъ вотумомъ довѣрія или недовѣрія обыкновенно въ формѣ „порядка дня". Вотумъ недовѣрія ведетъ очевидно къ отставкѣ кабинета или распущенію палаты. Правда, англійская исторія знаетъ примѣры, когда министерство предъявляло притязаніе оставаться у власти даже послѣ выраженія ему недовѣрія, требуя, чтобы ему была дана возможность „показать себя" [2]). Извѣстенъ случай съ Питтомъ, который въ 1783 году боролся съ неоступно преслѣдовавшимъ его большинствомъ и только послѣ ряда пораженій,

---

простымъ актомъ вѣжливости, такъ что оппозиція не стремится использовывать его для низверженія министерства. Duprie z, I, 320. Въ Бельгіи же тронная рѣчь является сравнительною рѣдкостью и приберегается для наиболѣе выдающихся случаевъ. Dupriez I, 254.

[1]) То же принято въ Италіи, Dupriez, I, 320; въ Бельгіи обыкновенно обходятся безъ деклараціи. Dupriez I, 254. Примѣрное содержаніе деклараціи см. у Henri Hervieu. Les ministres, leur rôle et leurs attributions dans les différents états organisés, Paris, 1893, p. 415—417.

[2]) Todd., I, 182.

распустивъ парламентъ, одержалъ блестящую побѣду на выборахъ. Извѣстенъ далѣе случай съ Пилемъ, взявшимъ въ 1834 году власть въ руки по личному желанію короля Вильгельма IV, несмотря на то, что его партія находилась въ палатѣ въ меньшинствѣ, и послѣ распущенія парламента продолжавшимъ терпѣть жестокія пораженія отъ переизбранной оппозиціи. „Я не вижу ничего анти-конституціоннаго—объяснялъ онъ самъ свое поведеніе—въ томъ, что остаюсь въ должности и продолжаю исполнять обязанности, къ которымъ призвалъ меня монархъ, несмотря на то, что большинство теоретически противъ меня. Я буду исполнять свой долгъ до тѣхъ поръ, пока палата не откажетъ мнѣ въ согласіи по поводу какого-либо важнаго мѣропріятія, которое я сочту нужнымъ предложить ей“ [1]). Но эти случаи, конституціонность которыхъ можетъ быть подвергнута сомнѣнію на основаніи доводовъ, приведенныхъ тѣмъ же Пилемъ въ 1841 году противъ Мельбурна, являются исключеніемъ. Въ общемъ же можно утверждать, что правительству самому должно быть желательно немедленное голосованіе довѣрія ему по поводу его программы, такъ какъ ему самому важно съ перваго же шага установить искреннія и опредѣленныя отношенія съ палатой и выяснить, на какое большинство оно можетъ разсчитывать. Едва ли также правильно отрицать за правительствомъ самое право на выраженіе ему довѣрія еще до приступа его къ активной дѣятельности. Парламентаризмъ требуетъ отъ правительства программы, согласной съ желаніями большинства парламента; правительству должно быть поэтому дано право, по изложеніи своего политическаго credo, не оставаться въ неизвѣстности относительно его „парламентарности“.—Такъ какъ, однако, никто не можетъ воспрепятствовать парламенту выразить свое довѣріе или недовѣріе министерству въ тотъ моментъ, когда это ему заблагоразсудится, то считать декларацію единственнымъ къ тому поводомъ, никакъ нельзя. Всякій вопросъ, обсуждаемый въ

---

[1]) Hervieu, ibidem, 418.



палатѣ, можетъ быть превращенъ, по требованію ли кабинета, по желанію ли палаты—въ вопросъ о довѣріи и разрѣшиться соотвѣтствующимъ вотумомъ. Естественно, однако, что наиболѣе частымъ къ тому поводомъ являются такъ называемыя интерпелляціи объ общемъ направленіи политики правительства, сопровождаемыя болѣе или менѣе обширными преніями. Этимъ путемъ въ концѣ концовъ, получаютъ отъ министерства лишній разъ ту же его декларацію, обсужденіе которой есть не что иное, какъ выполненіе палатой ея существенныхъ для парламентарнаго строя функцій.

Съ развитіемъ и укрѣпленіемъ въ странѣ началъ парламентаризма примѣненіе такихъ торжественныхъ и сильно дѣйствующихъ средствъ, какъ формальный вотумъ недовѣрія, становится сравнительно рѣдкимъ. Практика парламентарныхъ государствъ убѣдительно объ этомъ свидѣтельствуетъ. Съ обѣихъ сторонъ, какъ со стороны правительства, такъ и со стороны парламента, обнаруживается такая чуткость въ распознаваніи отсутствія согласія между политикой правительства и требованіями палаты, что оказывается достаточнымъ даже косвенныхъ указаній на отсутствіе этого согласія. Самымъ очевиднымъ изъ нихъ и мало чѣмъ уступающимъ по симъ вотуму недовѣрія является вотумъ порицанія по адресу всего министерства или отдѣльнаго министра за то или другое мѣропріятіе или рядъ мѣропріятій. Палата обладаетъ всѣми средствами полученія отъ министровъ свѣдѣній и объясненій по поводу ихъ образа дѣйствій. Парламентская практика издавна намѣтила двѣ основныхъ формы требованія объясненій отъ правительства—вопросы и интерпелляціи (запросы). Обѣ эти формы опредѣлились въ Англіи, а затѣмъ перешли и въ другія государства, причемъ въ большинствѣ случаевъ различіе между ними установляется наказами (регламентами) палатъ. Вопросъ въ общемъ всегда остается тѣмъ, чѣмъ онъ является въ англійской его характеристикѣ. „Вопросъ не долженъ заключать въ себѣ ни аргументовъ, ни выраженія личныхъ мнѣній, ни намековъ, ни прямыхъ указаній на дебаты текущей сессіи, ни сообщенія какихъ-либо фактовъ, кромѣ безусловно необходимыхъ для того, чтобъ

вопросъ былъ понятенъ“ [1]). Заинтересованный министръ отвѣчаетъ въ нѣсколькихъ словахъ, и дѣло кончается безъ дебатовъ и голосованія. Интерпелляціи вездѣ обставлены болѣе или менѣе сложными формальностями. Онѣ обыкновенно требуютъ предварительнаго извѣщенія министровъ, соглашенія о днѣ обсужденія или объ отсрочкѣ его. Но самое существенное отличіе ихъ отъ вопросовъ заключается въ томъ, что онѣ составляютъ особый пунктъ порядка дня и потому влекутъ за собой не только общія пренія, но и особую формулу перехода къ очереднымъ дѣламъ. Эти формулы бываютъ самаго разнообразнаго содержанія, и, если при выраженіи одобренія правительству онѣ обыкновенно довольно шаблонны, то вотумы порицанія чрезвычайно варьируютъ.—„Есть, говоритъ Hervieu, порядокъ дня сомнѣнія, ожиданія, воздержанія, подозрѣнія, повелѣнія, который, не разбивая на голову кабинета или отдѣльнаго министра, тѣмъ не менѣе является урокомъ, съ которымъ онъ долженъ считаться. Среди такихъ порядковъ дня одни начинаются словами: „палата, принимая къ свѣдѣнію“, . . . „палата, убѣжденная, что кабинетъ или министръ“; . . . другіе: „палата, приглашая“, . . . „палата убѣждена, что министерство выполнитъ данныя обязательства“,... палата, находя, что министерство не могло бы“, . . . и т. п. и т. п. [2]). Естественно, что послѣ принятія одной изъ такихъ формулъ у министерства остается извѣстная свобода въ оцѣнкѣ обязательности для него выхода въ отставку. Но такъ какъ положеніе его въ подобныхъ случаяхъ неизбѣжно пріобрѣтаетъ нѣкоторую шаткость, то часто кабинетъ для устраненія всякихъ недоразумѣній выбираетъ одинъ изъ предложенныхъ порядковъ дня или (если желаетъ подчеркнуть незначительность обсуждаемаго предмета) требуетъ принятія простого, немотивированнаго перехода къ очереднымъ дѣламъ (ordre du jour pur et simple), причемъ, очевидно, исходъ голосованія не въ пользу предложенія министерству равносиленъ чистому вотуму недовѣрія.

---

[1]) Rules and Orders № 167.
[2]) Hervieu, ibidem, 528.



Такая постановка вопроса, называемая постановкой кабинетнаго вопроса, желательна и даже необходима, когда ясно, что результатъ голосованія парламента затрагиваетъ политику министерства, но степень важности его не вполнѣ уловима. Только такимъ путемъ можно обезпечить за депутатами нужную свободу въ обсужденіи вносимыхъ правительствомъ законопроектовъ, нарушаемую иначе постоянною опасностью навлечь на себя отвѣтственность за министерскій кризисъ. А это особенно важно съ переходомъ почти всей полноты законодательной инищіативы въ руки правительства. Англійскій обычай, по которому „съ расширеніемъ обязанностей министровъ по внесенію въ палату важныхъ политическихъ мѣропріятій необходимо и соотвѣтствующее расширеніе права парламента критиковать, измѣнять и отвергать ихъ безъ того, чтобъ изъ этого можно было бы вывести, что его довѣріе къ министрамъ вообще уменьшилось“ [1]), заслуживаетъ всякаго вниманія. Но, конечно, для ясности положенія желательно, чтобъ правительство каждый разъ опредѣленно говорило, какое значеніе придаетъ оно данному мѣропріятію, является ли оно въ его глазахъ существенною, жизненною частью его программы или нѣтъ. Сказанное mutatis mutandis относится и къ мѣропріятіямъ, исходящимъ отъ депутатовъ парламента, такъ какъ принятіе ихъ при рѣшительной оппозиціи правительства равносильно отклоненію собственнаго его предложенія.

Изъ ряда законопроектовъ, исходящихъ отъ министерства, парламентская практика выдѣлила финансовые билли. Въ Англіи раньше признавалось, что парламентъ можетъ свободно вносить въ нихъ измѣненія и отклонять ихъ, не подвергая опасности существованіе кабинета. Но относительно ежегоднаго бюджета дѣло обстоитъ нѣсколько иначе. „Если министры заявляютъ, что извѣстные расходы необходимы для гражданскаго управленія и поддержанія чести государства внутри его и за границей, то ясно, что, серьезно говоря, никто не можетъ вычеркивать предположеннаго расхода, не

---

[1]) Todd, ibidem, II, 252.



принимая на себя отвѣтственность за выходъ министерства въ отставку“ [1]). Оставшись въ меньшинствѣ по поводу предложеннаго имъ новаго обложенія напитковъ, Гладстонъ вышелъ въ 1885 году въ отставку, открывая тѣмъ новую, противоположную ранѣе установившейся, практику. „Никакое правительство, говорилъ онъ между прочимъ, не было бы достойно занимаемаго имъ положенія, если бы позволяло меньшинству серьезно сопротивляться своимъ финансовымъ проектамъ; существенныя измѣненія въ нихъ могутъ быть совершаемы лишь въ условіяхъ, которыя позволяютъ поднять вопросъ о смѣнѣ кабинета“ [2]). Правильнѣе всего было бы къ финансовымъ предложеніямъ правительства примѣнять тѣ же начала, что и къ другимъ его законопроектамъ. Естественнѣе всего, чтобы сами министры ставили въ соотвѣтствующій моментъ кабинетный вопросъ. Такъ обстоитъ дѣло въ Италіи. Насчитываютъ, правда, не мало итальянскихъ министерствъ. вышедшихъ въ отставку изъ за финансовыхъ разногласій съ парламентомъ, но вообще здѣсь признается, что самъ по себѣ бюджетъ не служитъ объектомъ вотума недовѣрія, а что правительство, можетъ по поводу его такой вотумъ вызвать [3]).

Но, какъ палата, говоря словами Brusa, въ правѣ выбрать почву для выраженія недовѣрія, такъ и министерство вольно усмотрѣть выраженіе ему неодобренія въ самыхъ разнообразныхъ актахъ парламента. Если еще въ 1818 году французскій премьеръ Ришелье подалъ въ отставку вслѣдствіе избранія враждебнаго его проектамъ бюро палаты, то подобные примѣры можно привести и изъ новѣйшей практики Италіи и Бельгіи. Въ Италіи же нерѣдко и голосованіе по поводу провизорныхъ мѣсячныхъ бюджетовъ и избраніе кандидатовъ оппозиціи въ бюджетную коммисію разсматривались, какъ способы выраженія недовѣрія [4]). Такіе случаи могутъ, конечно, возбудить извѣстныя сомнѣнія по части ихъ соот-

---

[1]) Todd, ibidem, II, 341.
[2]) Duprіez, ibidem, I, 137.
[3]) Brusa, ibidem, 156, примѣчаніе 2.
[4]) Brusa, ibidem, 156, Duprier ididem, I, 259.

вѣтствія началу парламентаризма. Но и парламентарный строй, какъ и всякій иной политическій строй, не въ силахъ исключить возможность уклоненія отъ регулирующихъ его нормъ. Да и въ самомъ ли дѣлѣ эти уклоненія таковы, чтобъ скомпрометтировать данное здѣсь опредѣленіе парламентаризма? Парламентарное министерство, какъ и всякое иное, не пригвождено къ своему мѣсту. И, не дожидаясь утраты довѣрія парламента и открытаго ея засвидѣтельствованія, оно можетъ быть побуждено къ выходу въ отставку различными соображеніями, болѣе или менѣе близкими къ принципамъ парламентаризма. Здѣсь можетъ быть сомнѣніе въ собственныхъ силахъ, предчувствіе распаденія большинства, внутреннія разногласія—все это можетъ заставить министерство ухватиться за первый попавшійся предлогъ, за первую видимость выраженія ему недовѣрія, чтобъ исчезнуть со сцены раньше, чѣмъ торжественное примѣненіе парламентарныхъ началъ угонитъ его за кулисы политической жизни. И если, даже выходя въ отставку по причинамъ чисто личнымъ, въ родѣ усталости или „домашнихъ обстоятельствъ“, кабинетъ все же предпочтетъ обставить свой уходъ такъ, чтобъ онъ казался внушеннымъ особо предупредительнымъ отношеніемъ къ указаніямъ парламента, что тутъ будетъ анти-парламентарнаго? Въ этомъ совсѣмъ невинномъ желаніи сдѣлать свой добровольный отказъ отъ власти какъ будто вынужденнымъ, предписаннымъ дѣйствіемъ парламентарныхъ нормъ, не скажется лишь особо выразительное ихъ признаніе? Фальсификація такъ сказать парламентаризма возможна, конечно, и съ другой стороны. Возможно, что не принципіальныя разногласія по существеннымъ пунктамъ политическихъ программъ, а личнаго характера соображенія, связи, симпатіи и антипатіи будутъ руководить большинствомъ въ выраженіи имъ недовѣрія или порицанія правительству. Пусть въ такихъ случаяхъ поводы для враждебнаго министерству вотума будутъ явно незначительны, притянуты за волосы. Но уже одно то, что такіе поводы изыскиваются, что постороннія началу парламентаризма дѣйствія облекаются въ личину актовъ, соотвѣтствующихъ природѣ парламентарнаго строя, не служитъ ли опять таки

только доказательствомъ тому, что общимъ признаніемъ пользуются все же эти начала?

Условія развитія парламентарнаго режима въ такихъ государствахъ, какъ Англія и Бельгія съ ихъ дѣленіемъ палатъ на двѣ строго дисциплинированныхъ партіи привели къ тому, что министерства въ нихъ располагаютъ компактнымъ большинствомъ въ теченіе всего или почти всего періода дѣйствія парламентскихъ полномочій. Если перемѣны въ соотношеніи большинства и меньшинства и происходятъ, то онѣ являются въ результатѣ общихъ выборовъ, такъ что смѣны министерствъ приходятся по преимуществу на моменты возобновленія парламентскихъ полномочій, вслѣдствіе истеченія ихъ срока или роспуска парламента. Въ Англіи сложился даже обычай, въ силу котораго кабинетъ, потерпѣвшій пораженіе на выборахъ, немедленно подаетъ въ отставку, не дожидаясь открытія парламентской сессіи. Такъ поступилъ Дизраэли въ 1868 и 1880 годахъ, такъ поступилъ Гладстонъ въ 1874 и 1886 годахъ.

„Въ этихъ обстоятельствахъ уже усматриваются признаки— для однихъ—видоизмѣненія, для другихъ—вырожденія парламентаризма. Здѣсь есть, какъ кажется, новый этапъ въ развитіи политическихъ учрежденій, говоритъ болѣе осторожный Duprіez, участіе, если не болѣе непосредственное, то по крайней мѣрѣ болѣе дѣйствительное и очевидное народа въ избраніи правительства“ [1]. „Очень любопытнымъ представляется болѣе категоричному Дайси вопросъ о томъ, не переживаетъ ли въ настоящее время англійскій кабинетъ постепенное, но до сихъ поръ еще едва замѣтное измѣненіе характера, вслѣдствіе котораго онъ можетъ превратиться изъ парламентской въ непарламентскую исполнительную власть. Все усиливающееся вліяніе избирателей позволяетъ считать такую перемѣну возможной. Уже въ настоящее время общіе выборы могутъ быть по существу, хотя и не по имени, избраніемъ извѣстнаго государственнаго дѣятеля на должности перваго министра. Во всякомъ случаѣ можно представить себѣ, что придетъ

[1]) Duprіez, ibidem, I, 138.



время, когда, несмотря на то, что всѣ формы англійской конституціи останутся неизмѣнными, англійскій первый министръ будетъ такъ же несомнѣнно избираться всенародной подачей голосовъ, какъ и американскій президентъ" [1]). Такое пониманіе эволюціи, якобы переживаемой парламентаризмомъ, несомнѣнно найдетъ себѣ отзвуки—и признаки этихъ отзвуковъ уже имѣются—въ той ученой средѣ, которая, быть можетъ, менѣе всего расположена къ демократизму широкихъ народныхъ массъ и которая не прочь использовать его въ интересахъ стараго сопоставленія независимаго монарха и народа, не разъ служившаго оправданіемъ и наполеоновскому деспотизму и просвѣщенному абсолютизму нѣмецкихъ монархій. Оцѣнка его представляетъ, поэтому, немалый интересъ.

Нужно, прежде всего, сказать, хотя и кратко—рѣчь объ этомъ можетъ итти въ сущности лишь при политической оцѣнкѣ парламентарнаго режима,—но категорически, что больше правъ передъ судомъ государственно-правового мышленія, чѣмъ какая либо иная форма государственнаго устройства, парламентарная форма не имѣетъ. Въ несомнѣнномъ и неизбѣжномъ движеніи къ демократическому государству она есть лишь одна изъ переходныхъ ступеней. Она эволюціонируетъ въ сторону большаго демократизма. Конечно, и, если эта эволюція совершается мирнымъ путемъ, то тѣмъ выдается парламентарному строю лишь патентъ на непререкаемое законное право на плодотворное существованіе. Это тогда не вырожденіе, а, если хотите, перерожденіе въ новую высшую форму. Но нужно только ясно дать себѣ отчетъ въ той степени, какой достигла эволюція парламентаризма, чтобъ судить, началось ли это перерожденіе, заполнены ли уже рамки своего собственнаго, кровнаго развитія парламентарнаго строя настолько, что ему неизбѣжно уже за рамки свои выйти и искать новыхъ? Это въ особенности надо запомнить. Ибо, если Дайси допускаетъ, что полное отождествленіе всенародныхъ „выборовъ" англійскаго перваго министра съ выборами

[1]) Дайси, ibidem, 494.

американскаго президента произойдетъ, несмотря на то, что „всѣ формы англійской конституціи останутся неизмѣнными“, то тутъ нужно предположить или lapsus calami, или дань англійскому консерватизму, или поэтическую вольность. Вѣдь въ самомъ дѣлѣ, если ужъ говорить о формахъ, то нужно же будетъ куда-нибудь дѣть въ неизмѣненной англійской конституціи элементъ короны хотя бы только въ его формальномъ значеніи. Формы и англійской и всякой вообще современной парламентарной конституціи должны будутъ, переживъ это перерожденіе, кореннымъ образомъ измѣниться—слишкомъ ужъ глубоки будутъ измѣненія ихъ содержанія. Если у Дайси смѣна этого содержанія совершается незамѣтно, то лишь потому, что парламентарной конституціи онъ даетъ особое свое опредѣленіе. Парламентарный строй характеризуется имъ, какъ тотъ видъ представительнаго правленія, при которомъ „законодательное учрежденіе или, пожалуй, выборная часть его, назначаетъ и смѣщаетъ представителей исполнительной власти“, почему Швейцарія попадаетъ у него подъ одну рубрику съ Англіей [1]). Однако, не касаясь вопроса о достаточности или недостаточности сказаннаго противъ пониманія функціи законодательной палаты парламентарнаго государства, какъ акта избранія личнаго состава правительства, для доказательства справедливости того, что говорится о новой эволюціи парламентаризма, нужно было бы привесть прежде всего одинъ положительный аргументъ. Нужно было бы положительно доказать, что пребываніе кабинета у власти послѣ неудачныхъ для него выборовъ и до открытой встрѣчи его съ выраженіемъ недовѣрія парламента считается анти-конституціоннымъ. Доказано это до сихъ поръ не было, и первое звено въ цѣпи новыхъ политическихъ принциповъ еще не сковано. Соотвѣтствующихъ примѣровъ можно къ сожалѣнію привести—одинъ всего изъ новѣйшей практики и два-три, относящихся къ болѣе отдаленному времени. Именно, въ 1835 году, когда Робертъ Пиль, по распущеніи враждебной ему палаты, получилъ новое оппозиціонное боль-

[1]) Дайси ibidem, 488.

шинство и остался у власти, сомнѣній въ конституціонности его поведенія не возбуждалось. Они начались лишь тогда, когда онъ не вышелъ въ отставку, потерпѣвъ рядъ пораженій въ парламентѣ. Лорду Мельбурну за то, что онъ счелъ своимъ долгомъ сохранить за собой власть до открытаго вотированія палатой недовѣрія ему послѣ выборовъ 1841 года, давшихъ подавляющее большинство оппозиціи, упрековъ въ нарушеніи конституціи не дѣлали. Въ новѣйшее время, правда, лордъ Солсбери навлекъ на себя неудовольствіе за нежеланіе выйти въ отставку въ 1892 году до открытія парламентской сессіи [1]). Другихъ же болѣе опредѣленныхъ указаній практика не даетъ. Конечно, министерства часто немедленно слѣдовали указаніямъ большинства избирателей на общихъ выборахъ. Но не играли ли здѣсь рѣшающую роль соображенія чисто политическія? Кромѣ соображеній личнаго самолюбія не можетъ ли служить однимъ изъ мотивовъ такого поведенія, напримѣръ, то, на что указываетъ Todd, признающій вообще „несомнѣнно корректнымъ“ образъ дѣйствій лорда Мельбурна,—„нежелательность составленія для монарха тронной рѣчи, неизбѣжно долженствующей вызвать неудовольствіе“ [2])? А что различнаго свойства политическіе мотивы могутъ вносить въ функціонированіе парламентарнаго строя такія модификаціи, возводить которыя въ систему было бы по меньшей мѣрѣ рискованно, тому убѣдительное доказательство принесли событія нашихъ дней. Министерство Бальфура вышло въ отставку въ 1905 году, не распустивъ даже парламента, въ которомъ оно еще располагало большинствомъ въ нѣсколько голосовъ, грозившимъ, однако, со дня на день распасться. Оно избѣгло такимъ образомъ не только тѣхъ политическихъ неловкостей, которыя связаны съ полученіемъ вотума недовѣрія, но и тѣхъ, которыя вызываются необхо-

---

[1]) Anson ibidem, II, 166.

[2]) Todd ibidem, I, 118. Ср. также Todd, II, 350: „Если страна на общихъ выборахъ вынесла неблагопріятный для министровъ вердиктъ, они ничѣмъ не менѣе въ правѣ оставаться въ должности до тѣхъ поръ, пока не соберется новый парламентъ и не рѣшитъ окончательно ихъ судьбы, ибо палата общинъ есть правомѣрный органъ народа“.



димостью приступить къ общимъ выборамъ при увѣренности въ безотрадности ихъ результатовъ. Возможно повтореніе подобныхъ условій политической конъюнктуры и въ будущемъ. Слѣдуетъ предположить, что найдется немало министерствъ, которыя при наличности ихъ поступятъ по примѣру кабинера Бальфура. Это, конечно, будетъ свидѣтельствовать объ ихъ чуткости къ началамъ парламентаризма, и о прогрессированіи этихъ началъ вообще. И вотъ, неужели и подобные случаи можно будетъ причислять къ симптомамъ новой эволюціи парламентаризма? Неужели и въ нихъ можно будетъ усматривать признаки смѣщенія министерствъ избирателями, еще не призванными даже къ избирательнымъ урнамъ? Утверждать это, не значило ли бы перейти всѣ границы поэтическихъ вольностей? А за этими границами лежитъ просторъ полный, и, не стѣсняясь ими, можно было и сегодня и вчера, не дожидаясь завтрашняго дня, сказать, что перерожденіе парламентарнаго строя совершилось въ самый моментъ его возникновенія. Ибо кто же когда либо отрицалъ, что за всякимъ рѣшеніемъ парламента, какъ единственно придающее ему силу и мощь начало, стоитъ истинная или фингируемая воля избирателей?

III.

За исключеніемъ Грецін во всѣхъ парламентарныхъ государствахъ парламентъ состоитъ изъ двухъ палатъ. Несмотря на то, что значеніе верхней палаты повсемѣстно съ каждымъ годомъ уменьшается, вопросъ о правильномъ опредѣленіи существа взаимоотношенія правительства и парламента при парламентарной системѣ не можетъ быть вполнѣ удовлетворительно разрѣшенъ до тѣхъ поръ, пока верхней палатѣ не указано съ точностью принадлежащее ей въ этой системѣ мѣсто.

Современное государство неудержимо демократизируется, и естественно поэтому, что учрежденія демократическаго характера играютъ въ немъ первостепенную роль. Такимъ обра-

зомъ рядомъ съ нижней палатой, всегда болѣе непосредственно связанной съ народомъ и въ той или иной степени—болѣе точно его представляющей, верхняя палата сама собой клонится къ упадку. И въ государствахъ, гдѣ между составомъ палатъ существуетъ легко схватываемое, ощущаемое различіе, то есть гдѣ верхняя палата образуется изъ членовъ назначаемыхъ короной или наслѣдственныхъ, ихъ взаимоотношеніе, въ системѣ парламентаризма установилось искони и непререкаемо.

Чтобы начать опять съ образцовой парламентарной страны, въ Англіи правило, что рѣшающее вліяніе на дѣятельность правительства принадлежитъ только палатѣ общинъ, не подвергается сомнѣніямъ. „Министерство, по словамъ Гладстона, находится въ извѣстныхъ отношеніяхъ съ палатою лордовъ; но ему нѣтъ надобности находиться въ абсолютномъ согласіи съ нею, такъ какъ палата лордовъ, хотя и является важнымъ органомъ государства и можетъ создавать правительству крупныя неудобства, не можетъ своимъ вотумомъ рѣшать судьбу министерства. За послѣдніе 50 лѣтъ министерство болѣе 15 лѣтъ не пользовалось довѣріемъ палаты лордовъ. Напротивъ того, отъ палаты общинъ кабинетъ зависитъ непосредственно и безусловно“ [1]).

Правда, до реформъ XIX столѣтія значеніе лордовъ въ политической жизни страны было весьма велико. Не только кабинеты составлялись преимущественно изъ членовъ верхней палаты, но и самая палата общинъ находилась въ сущности въ зависимости отъ лордовъ. Несовершенство избирательной системы вело къ тому, что пэры, какъ крупные землевладѣльцы, въ силу своего вліянія въ избирательныхъ округахъ фактически располагали значительнымъ числомъ депутатскихъ мѣстъ. Съ другой стороны, тѣ же пэры, какъ члены правительства, держали въ рукахъ такъ называемыя nomination boroughs и rotthen boroughs, гдѣ часто было всего нѣсколько избирателей или гдѣ избирательное право осуществляли одни

[1]) W. Gladstone, Questions constitutionnelles (édition française) Paris. 1880, p. 291.



муниципальные чиновники. Широкое развитіе системы покупки голосовъ въ парламентѣ еще больше способствовало тому, что лорды и выходившее изъ ихъ среды правительство по существу всегда располагали большинствомъ палаты общинъ. Какъ удостовѣряетъ Ансонъ, „правда, что ни одно министерство не могло существовать безъ большинства въ парламентѣ, но столь же вѣрно и то, что любое министерство могло составить себѣ большинство, способное поддерживать его у власти, пока не вмѣшивался король“ [1]).

Но здѣсь повторилось столь хорошо знакомое политической исторіи явленіе. Къ тому времени, когда пэры, держа въ рукахъ нижнюю палату, пріобрѣли фактически преобладающее значеніе въ государствѣ,—въ серединѣ и во второй половинѣ XVIII вѣка—формальныя полномочія палаты общинъ были уже обширны и прочно установлены. Лорды удовольствовались поэтому закулиснымъ вліяніемъ на коммонеровъ, они не начали борьбы за пріобрѣтеніе себѣ равныхъ съ нижнею палатою правъ, они предпочли оставить за нижнею палатой ея формально первенствующую роль и даже,—склоняясь повидимому передъ ея волею, не противодѣйствуя открыто ей,—способствовали еще большему упроченію ея авторитета.

Между тѣмъ уже въ первой четверти XIX вѣка положеніе дѣлъ настолько улучшилось, что палата общинъ пріобрѣла значительную долю самостоятельности въ отправленіи ея важныхъ функцій. Ей нужно было только основаться на болѣе широкомъ фундаментѣ, при помощи улучшеннаго избирательнаго права вступить въ болѣе тѣсное соприкосновеніе съ

---

[1]) Anson, ibidem, II, 165. Ср. Anson, I, 408: „Въ эпоху, когда много мѣстечекъ были, по крайней мѣрѣ въ смыслѣ ихъ значенія на выборахъ, предметомъ собственности, тотъ, кто былъ хозяиномъ вотума мѣстечка, могъ предложить его правительству въ обмѣнъ за пэрство или за высшее въ пэрствѣ званіе. Такимъ образомъ съ 1784 по 1801 годъ Питтъ, создавъ новыхъ или подвинувъ впередъ 140 пэровъ, и утвердилъ свое положеніе въ палатѣ общинъ и значительно измѣнилъ политическую окраску палаты лордовъ“. См. также о „карманныхъ“ мѣстечкахъ у Бутми. Развитіе государственнаго и общественнаго строя Англіи, русскій переводъ, Москва, 1904 г., стр. 127 и слѣд.



народными массами, чтобы окончательно преодолѣть скрытую гегемонію пэровъ. Reform Bill 1832 года ввелъ въ палату общинъ элементы средняго класса, акты о народномъ представительствѣ 1867 и 1884 г.г. еще болѣе расширили корпусъ избирателей [1]). Такъ что, съ исчезновеніемъ злоупотребленій и усиленіемъ интереса населенія къ вопросамъ политики, палата общинъ стала все болѣе и болѣе точно „представляетъ" страну. Сильная своимъ единеніемъ съ народомъ, освобожденная отъ постороннихъ вліяній, она стала властно и настойчиво осуществлять свои права.

Судьбѣ угодно было—и здѣсь дѣло, конечно, не въ простой случайности, а въ самой логикѣ вещей—чтобы единственное въ парламентской исторіи Англіи столкновеніе верхней палаты съ правительствомъ, поведшее къ выходу въ отставку, хотя и временную, министерства, произошло какъ разъ по поводу билля о реформѣ, долженствовавшаго лишить лордовъ ихъ тайнаго владычества. Въ 1832 году послѣ открытія сессіи вновь избраннаго парламента министерство Грея провело въ палатѣ общинъ Reform Bill, съ большинствомъ болѣе, чѣмъ въ 100 голосовъ; въ палатѣ же лордовъ его не допустили до второго чтенія. Это было въ субботу 8 октября; а въ понедѣльникъ палата общинъ приняла резолюцію, въ которой заявляла, что она намѣрена твердо держаться основныхъ началъ отвергнутаго лордами билля, и что довѣріе ея къ министерству, включившему этотъ билль въ свою программу, непоколебимо. 20 октября сессія парламента была закрыта тронною рѣчью, возвѣщавшею, что вопросъ о реформѣ будетъ поставленъ на первую очередь въ новую сессію. И дѣйствительно парламенту былъ вновь предложенъ Reform Bill, и палата общинъ вторично приняла его подавляющимъ большинствомъ. На этотъ разъ удалось довести его и въ палатѣ лордовъ большинствомъ 9 голосовъ до второго чтенія; но немедленная неудача въ комитетѣ всей палаты доказала, что въ концѣ концовъ при данномъ составѣ верхней палаты онъ все же не пройдетъ. Министер-

[1]) По этому поводу—Anson ibidem, I, 410, II, 47, 167.



ство послѣ долгихъ колебаній потребовало отъ короля назначенія новыхъ пэровъ и, получивъ отказъ, подало въ отставку. Отвѣтомъ на нее былъ принятый на другой же день палатою общинъ адресъ къ королю, съ выраженіемъ, глубокаго сожалѣнія по поводу этого событія и „настоятельной просьбы“ „призвать въ свой совѣтъ только такихъ лицъ, которыя твердо рѣшились бы провести безъ какихъ либо существенныхъ измѣненій билль о реформѣ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ былъ только что принятъ палатой“. Послѣ неудачной попытки герцога Веллингтона составить новый кабинетъ прежніе министры были вновь призваны къ власти, и король далъ имъ письменное разрѣшеніе назначить столько пэровъ, сколько необходимо для того, чтобы обезпечить принятіе билля. Дѣло обошлось, однако, и безъ измѣненія состава верхней палаты. Лорды предпочли покориться, и по совѣту короля въ день, назначенный для голосованія, соотвѣтствующее число членовъ оппозиціи не явилось въ палату. Такъ закончился открытымъ признаніемъ пріоритета палаты общинъ и ея исключительнаго права опредѣлять политику правительства единственный въ парламентской исторіи Англіи конфликтъ [1]). Англійскіе комментаторы усиливаютъ еще его значеніе тѣмъ толкованіемъ, которое дается ими причинамъ, побудившимъ лорда Грея къ выходу въ отставку. Здѣсь суть, по ихъ мнѣнію, была вовсе не въ томъ, что палата лордовъ не одобрила политики министерства—на такое значеніе ихъ недовѣрія правительству лорды уже тогда не могли притязать,— а просто въ фактическомъ пользованіи верхней палатой ея законодательными правами для созданія министерству затрудненій въ проведеніи важныхъ для него мѣръ [2]). Такъ что этотъ случай слѣдовало бы скорѣе отнести въ главу прецедентовъ, опредѣляющихъ, когда палата лордовъ въ осуществленіи своей законодательной власти обязана подчиниться волѣ палаты общинъ.

Другой инцидентъ изъ парламентской исторіи XIX вѣка

---

[1]) Todd, ibidem, I, 102, 103.

[2]) Todd, ibidem, I, 24.



дѣйствительно показалъ, что неодобреніе верхней палатой политики министерства не имѣетъ вліянія на его судьбу. Въ 1850 году въ палатѣ лордовъ была принята резолюція, порицавшая политику министерства Джона Росселя по греческому вопросу. Черезъ нѣсколько дней палата общинъ отвѣтила на нее выраженіемъ одобренія правительству, и положеніе кабинета не было нисколько поколеблено [1]). Лордъ Россель въ одной изъ своихъ рѣчей по этому поводу призналъ порицаніе верхней палатой политики правительства событіемъ крупнаго значенія, но отрицалъ за нею право рѣшать судьбу министерства. „Если бы пожелали возложить на палату лордовъ тяжесть и отвѣтственность вліянія на исполнительную власть въ нашей странѣ, говорилъ, онъ, то палата эта была бы поставлена въ положеніе, котораго она до сихъ поръ никогда не занимала и котораго она не могла бы удержать за собой“ [2]). Немногіе другіе случаи вотированія палатою лордовъ недовѣрія или порицанія правительству только подкрѣпили старую практику.

Другія парламентарныя страны, въ которыхъ верхняя палата образуется изъ назначаемыхъ короной или наслѣдственныхъ членовъ, слѣдуютъ примѣру Англіи. Такъ, въ Италіи признается, что Сенатъ можетъ контролировать дѣятельность правительства, давать ему своего рода предостереженія. Поэтому считается неправильнымъ, чтобъ кабинетъ оставался у власти послѣ выраженія ему Сенатомъ порицанія если онъ не пользуется по данному вопросу безусловной поддержкой палаты депутатовъ. Но право Сената своимъ вотумомъ рѣшать судьбу министерства отрицается. Правда, бывало, что тотъ или другой министръ въ отдѣльномъ случаѣ, потерпѣвъ пораженіе въ Сенатѣ, подавалъ въ отставку, но обыкновенно, деже если его къ этому шагу побуждали еще и другіе мотивы, его отставку отклоняли, чтобы не подвергуть сомнѣнію конституціонное значеніе вотумовъ Сената. Если жъ образъ дѣйствій Сената дѣлалъ необходимой пере-

---

[1]) Todd, ibidem, I, 124.
[2]) Todd, ibidem, I, 24.



мѣну кабинета, къ ней прибѣгали только послѣ распущенія палаты депутатовъ, въ зависимости отъ исхода общихъ выборовъ [1]).—То же приходится сказать о палатѣ пэровъ французской реставраціи: она осуществляла въ извѣстной—менѣе интенсивной, чѣмъ палата депутатовъ,—степени контроль надъ дѣятельностью правительства, но права рѣшать судьбу министерства за нею не признавали [2]).

Нѣкоторыя сомнѣнія, съ другой стороны, можетъ вызвать положеніе Сенатовъ Бельгіи и Франціи. Если французскій Сенатъ съ изданіемъ закона 1884 года имѣетъ однородный составъ, и члены его всѣ избираются на основѣ всеобщаго избирательнаго права съ единственнымъ ограниченіемъ избираемости 40 лѣтнимъ возрастомъ, своего рода косвенной подачей голосовъ, такъ какъ ихъ выбираетъ особая департаментская коллегія выборщиковъ изъ депутатовъ департамента, генеральныхъ и окружныхъ совѣтниковъ и делегатовъ общинъ,—то Сенатъ Бельгійскій еще менѣе отличается отъ нижней палаты. До конституціоннаго закона 7 сентября 1893 года единственными отличіями были: болѣе высокій возрастъ избираемости (40 лѣтъ), сравнительная малочисленность (половина состава нижней палаты) и двойная длительность мандатовъ (8 лѣтъ); законъ 1893 года, понизивъ возрастъ съ 40 до 30 лѣтъ, дополнилъ составъ Сената членами, выбираемыми провинціальными совѣтами. Бельгійская практика не дала, однако, опредѣленныхъ указаній на права Сената по отношенію къ министерству. Извѣстно лишь, что бывали случаи, когда вотумы Сената принуждали кабинеты къ выходу въ отставку, но констатировать полное равноправіе палатъ въ этой области нѣтъ возможности. Во всякомъ случаѣ Бельгійскій Сенатъ, какъ и всѣ прочія верхнія палаты, обнаруживаетъ незначительную активность въ контролѣ надъ правительствомъ, такъ что и вліяніе, имъ оказываемое, не можетъ быть рѣшающимъ [3]). Особенности парламентскаго

---

[1]) Brusa ibidem, 158, примѣчаніе 3.

[2]) Barthélemy, ibidem, 300: „Il semble doncbien demontré que le droit de renverser les ministères n'était pas reconnu à la chambre des paires".

[3]) Dupriez ibidem, I, 254, 258.



уклада Бельгіи, ставящія судьбу кабинетовъ въ зависимость единственно отъ исхода общихъ выборовъ, лишаютъ эту неясность конституціоннаго правопорядка крупнаго значенія и серьезныхъ послѣдствій.

Но гдѣ всѣ условія соединились для того, чтобъ сдѣлать труднымъ разрѣшеніе вопроса о роли верхней палаты въ системѣ парламентарнаго строя, такъ это во Франціи. Достаточно сказать, что здѣсь многіе теоретики и практики усматриваютъ въ статьѣ 6 конституціоннаго закона 25 февраля 1875 года законное закрѣпленіе принципа парламентаризма. Статья эта между тѣмъ говоритъ объ отвѣтственности министровъ за общее направленіе политики правительства передъ палатами (devant les Chambres), а отсюда, казалось бы, съ необходимостью вытекаетъ, что, если политическая отвѣтственность министровъ отождествляется съ самымъ основнымъ началомъ парламентаризма—обязанностью министерства удаляться въ отставку въ случаѣ утраты имъ поддержки парламента,—для правительства имѣютъ равное значеніе вотумы обѣихъ палатъ. Есть такіе теоретики французскаго государственнаго права, которые и стоятъ за полное равноправіе Сената съ палатою депутатовъ въ этомъ вопросѣ. „Министры, говоритъ, напримѣръ, Moreau, отвѣтственны передъ палатами; слѣдовательно Сенатъ имѣетъ въ этой области столько же правъ, сколько и палата депутатовъ, что бы ни говорили поэтому поводу. Практика съ 1875 года, предоставляетъ однако, по видимому одной палаты депутатовъ свергать министерства. Это различіе которое къ счастью не освящено конституціей, было бы допустимо только въ государствѣ, гдѣ верхняя палата не была бы выборной“ [1]). Такъ, Lefebvre, признавъ, что Сенату по самому его существу надлежитъ съ умѣренностью пользоваться своимъ правомъ контроля, не считаетъ, однако, возможнымъ установить, какъ общее правило, что вотумъ Сената не долженъ влечь за собой отставки министерства. „Если по общему принципу, говоритъ онъ, министерство должно рождаться изъ

[1]) Moreau. Précis élementaire de droit constitutionnel, 3-me éditvon, Paris, 1897, 321.



довѣрія государственныхъ органовъ и имъ жить, если оно является какъ бы общимъ ихъ повѣреннымъ, то нельзя понять, какимъ образомъ могло бы уцѣлѣть министерство, получившее отъ Сената суровый и рѣшительный отказъ въ поддержкѣ". Но ему тутъ же приходится согласиться, что „пока большинство въ нижней палатѣ сильно и устойчиво, жертвовать вотуму Сената министерствомъ, пользующимися довѣріемъ депутатовъ, значило бы итти на встрѣчу серьезному кризису" [1]). Съ другой стороны, Эсменъ, также отождествляющій политическую отвѣтственность министровъ, о которой говоритъ 6 статья закона 25 февраля, съ принципомъ парламентаризма, категорически отрицаетъ право Сената рѣшать судьбу министерства, хотя и допускаетъ, что фактическая возможность заставить его покинуть власть у Сената имѣется [2]).

Въ томъ единственномъ случаѣ, когда французское министерство вышло въ отставку вслѣдствіе столкновенія съ Сенатомъ, лица, защищавшія полномочія Сената, основывались также единственно на текстѣ статьи 6-ой. Министерство Буржуа оставило власть въ 1896 году послѣ троекратнаго вотированія ему Сенатомъ недовѣрія и отказа въ кредитахъ. 11 февраля 1896 года обсужденіе интерпелляціи въ Сенатѣ было закончено вотумомъ порицанія министру юстиціи. 13 февраля палата депутатовъ обсуждала интерпелляцію тождественнаго содержанія и выразила довѣріе правительству. 15 февраля Сенатъ вновь дебатировалъ тотъ же вопросъ и подтвердилъ свой предыдущій вотумъ. Тогда сенаторъ Демоль заявилъ, что группа его политическихъ друзей намѣревается запросить министерство о томъ, какъ оно толкуетъ статью 6 закона 25 февраля 1875 года объ отвѣтственности министровъ, и отлагаетъ свой запросъ только, чтобы выждать результатовъ послѣдняго голосованія. Министерство высказалось по этому вопросу 20 февраля уже въ палатѣ депутатовъ.—„До тѣхъ поръ, пока палата не скажетъ намъ, что мы потеряли

[1]) Lefebvre, ibidem, 166, 167.
[2]) Esmein, ibidem, 639, 641.



ея довѣріе, заявилъ министръ президентъ въ отвѣтъ на интерпелляцію все о томъ же предметѣ, мы сохранимъ занимаемое нами положеніе, такъ какъ считаемъ его соотвѣтствующимъ нашимъ обязанностямъ по отношенію къ вамъ; но, едва вы выскажетесь въ противоположномъ смыслѣ, мы удалимся".—Очередь была за Сенатомъ. Онъ не заставилъ себя ждать, одобривъ на слѣдующій же день заявленіе сенатора Демоля, въ которомъ опредѣленно порицается толкованіе, даваемое министерствомъ закону 25 февраля. „Министерство намѣревается управлять безъ Сената. Оно сочло возможнымъ апеллировать отъ одной палаты къ другой; оно утверждаетъ, что министерской отвѣтственности передъ Сенатомъ не существуетъ.—Мы протестуемъ противъ этого покушенія на точный смыслъ конституціоннаго закона. Мы требуемъ неприкосновенности тѣхъ правъ, которыя даны Сенату конституціей республики. Мы снова утверждаемъ наше право контроля и начало отвѣтственности министровъ передъ обѣими палатами".—Дальше заявляется, что Сенатъ могъ бы прибѣгнуть для защиты своихъ правъ къ полному отказу правительству въ сотрудничествѣ, но изъ патріотизма отказывается отъ такого шага, призывая страну разсудить между нимъ и министерствомъ. Больше мѣсяца вопросъ оставался въ такомъ неопредѣленномъ положеніи, и только 31 марта Сенатъ вновь повелъ аттаку на кабинетъ. На этотъ разъ рѣчь шла о внѣшней политикѣ. Въ Сенатѣ было предложено нѣсколько вопросовъ министру иностранныхъ дѣлъ (онъ же министръ—президентъ), на которые онъ отвѣтилъ. 2 апрѣля интерпелляція также о внѣшней политикѣ въ палатѣ депутатовъ привела къ вотуму довѣрія правительству. Сенатъ отвѣтилъ 3 апрѣля новой интерпелляціей, и, послѣ отказа министра чѣмъ либо пополнить данныя уже объясненія, принялъ порядокъ дня съ выраженіемъ министерству недовѣрія. Кабинетъ остался у власти, а Сенатъ прервалъ засѣданія до 21 апрѣля. Въ этотъ день ему были представлены на утвержденіе важные и спѣшные кредиты на мадагаскарскую экспедицію, уже принятые палатою депутатовъ. Сенаторъ Демоль внесъ предложеніе отсрочить голосованіе кредитовъ до тѣхъ поръ, пока

передъ Сенатомъ не будетъ стоять конституціонное министерство, пользующееся довѣріемъ обѣихъ палатъ. Неконституціонность же существующаго министерства усматривалась имъ въ томъ, что оно „въ явное нарушеніе конституціоннаго закона“ осталось у власти послѣ того, какъ Сенатъ трижды значительнымъ большинствомъ отказывалъ ему въ своемъ довѣріи. Резолюція Демоля была принята Сенатомъ, и на этотъ разъ министерство подало въ отставку. Оно не отказалось, однако, отъ своего пониманія статьи 6 закона 25 февраля, и Буржуа счелъ нужнымъ выяснить передъ палатой депутатовъ причины, побудившія его оставить власть.—„Мы не нашли возможнымъ, говорилъ онъ въ засѣданіи 23 апрѣля, вручить наше прошеніе объ отставкѣ президенту республики прежде, чѣмъ прійти къ вамъ, чтобы дать вамъ отчетъ въ патріотическихъ мотивахъ нашего рѣшенія и увѣрить васъ, что никакое другое соображеніе не могло бы побудить насъ покинуть нашъ постъ, на которомъ вы столь энергично поддерживали насъ своимъ довѣріемъ. Мы не допустимъ въ самомъ дѣлѣ, чтобъ ошибочное истолкованіе мотивовъ нашей отставки могло заставить страну повѣрить, что мы, хотя бы на мгновеніе, отказались отъ начала, котораго держались знаменитѣйшіе изъ нашихъ предшественниковъ по правительству республики, Гамбетта и Жюль Ферри, и согласно которому только одной палатѣ, непосредственно образуемой всеобщей подачей голосовъ, принадлежитъ инціатива и общее направленіе политики; ей одной принадлежитъ по выраженію бывшаго президента Сената, „власть дѣлать и передѣлывать министерства“ (le pouvoir de faire et de défaire les ministères). Мы, съ явнаго одобренія палаты, утверждали это начало, оставаясь до сихъ поръ у власти; мы считаемъ его соотвѣтствующимъ не только постановленію конституціоннаго закона, но и духу политическихъ учрежденій въ великой демократіи, которая не признаетъ иного суверенитета, кромѣ суверенитета всеобщей подачи голосовъ“.—Палата, выслушавъ министерскую декларацію, приняла слѣдущій порядокъ дня: „Палата снова подтверждаетъ первенствующее значеніе избранниковъ

всеобщаго голосованія и свою рѣшимость проводить демократическія реформы [1]).

Изъ этого долгаго изложенія перепитій тяжелаго конституціоннаго конфликта нельзя не видѣть, что заинтересованныя стороны твердо отстаивали въ немъ вполнѣ опредѣленныя положенія, кромѣ одной палаты депутатовъ. У послѣдней не хватило не только желанія ясно формулировать свои притязанія,—ясность такой формулы: „первенствующее значеніе избранниковъ всеобщаго голосованія" (prépondérance des élus du suffrage universel) конечно сомнительна,—но въ еще большей степени и твердости въ отстаиваніи ихъ. Ибо, какъ указывалъ уже Лоуэлль, несомнѣнно, что, если бы депутаты такъ крѣпко стояли на своемъ, что не отступили бы передъ разрывомъ между палатами, сенатъ не могъ бы отказать въ согласіи на распущеніи палаты и, конечно, былъ бы вынужденъ уступить, если бы выборы окончились побѣдою кабинета [2]). Исходныя же точки зрѣнія министерства и сената были ясны и сводились къ различному толкованію статьи 6-й закона 25 февраля. Сенатъ все время указывалъ на текстъ этой статьи и толковалъ политическую отвѣтственность министровъ, о которой она говоритъ, такъ, какъ понимаютъ ее обыкновенно во Франціи, т. е. въ смыслѣ обязанности министерства выходить въ отставку вслѣдствіе выраженія ему парламента недовѣрія. Другихъ данныхъ въ свою пользу онъ привесть не могъ, такъ какъ въ практикѣ французскаго парламентаризма прецедентовъ соотвѣтствующаго характера не имѣется. Сомнительнымъ случаемъ является только выходъ въ отставку въ 1890 году министерства Тирара послѣ того, какъ сенатъ отказалъ въ утвержденіи торговаго договора, заключеннаго съ Греціей. Но здѣсь дѣло было, собственно говоря, въ томъ, что два министра, которыхъ спеціально касался вотумъ сената и которые сами принадлежали къ числу сенаторовъ, сочли болѣе удобнымъ удалиться, а такъ какъ одинъ изъ нихъ былъ предсѣдателемъ совѣта министровъ, то и весь ка-

[1]) Esmein. ibidem, 635—639, Лоуэлль ibidem, 15, примѣчаніе 2.

[2]) Лоуэлль ibidem, 16, примѣчаніе.

бинетъ подалъ въ отставку [1]). Частичныя же измѣненія въ составѣ министерствъ, конечно, могутъ быть вызываемы голосованіями сената, но поведеніе отдѣльныхъ министровъ въ этихъ случаяхъ весьма разнообразно и обусловливается не какими либо общими правилами, а личными ихъ соображеніями, соображеніями такта, самолюбія и т. п. Въ 1897 году, напримѣръ, министръ юстиціи, которому сенатъ по поводу одного запроса косвенно выразилъ порицаніе, счелъ нужнымъ уйти въ отставку, находя, что этого требуетъ его „достоинство" [2]). А, съ другой стороны, въ 1873 году министръ народнаго просвѣщенія Ваддингтонъ, несмотря на отклоненіе сенатомъ внесеннаго имъ важнаго законопроекта о высшихъ школахъ, остался у власти [3]). Недаромъ, Жюль Симонъ могъ написать въ 1894 году, что когда одинъ министръ прямо заявилъ съ трибуны сената, что министерство должно удалиться вслѣдствіе вотума палаты депутатовъ, но можетъ и даже должно оставаться на посту, будучи въ меньшинствѣ въ сенатѣ, никто не возражалъ [4]). Слѣдовательно въ 1896 году, требуя отставки кабинета Буржуа, сенатъ какъ бы становился на защиту забытаго и неисполняемаго закона и, очевидно, думалъ, что при ясности его текста противорѣчащая ему практика значенія не имѣетъ. Министерство Буржуа стояло, напротивъ, на почвѣ правилъ, выработанныхъ его „знаменитѣйшими предшественниками". Но и ему, конечно, существованіе статьи 6-й извѣстно было, и, чтобъ имѣть возможность сказать въ своей декларацiи въ палатѣ депутатовъ, что поведеніе его было согласно съ постановленіями конституціоннаго закона и съ духомъ политическихъ учрежденій, оно, очевидно, должно было признавать одно изъ двухъ: или, что ст. 6-ая потеряла юридическую силу или, что она имѣетъ значеніе иное, чѣмъ то, какое придавалъ ей сенатъ. Объ утратѣ силы закономъ объ отвѣтственности ми-

---

[1]) Dupriez ibidem, II, 453.
[2]) Esmein ibidem, 640.
[3]) Hervieu ibidem, 484.
[4]) Revue politique et parlementaire, 1894, juillet.

нистровъ никѣмъ даже и вопроса не поднималось, такъ что остается предположеніе, что министерство Буржуа, какъ и „знаменитѣйшіе его предшественники“ понимало статью 6 не въ смыслѣ установленія ею обязательности выхода въ отставку кабинета въ случаѣ вотированія одной изъ палатъ недовѣрія ему. Оно дѣйствовало согласно „постановленіямъ конституціоннаго закона и духу политическихъ учрежденій“. Если принять во вниманіе, что дѣятели активной политики едва ли могутъ соперничать въ тонкости теоретическихъ построеній съ людьми науки, то естественнѣе всего думать, что основъ начала парламентаризма министерство Буржуа искало именно въ духѣ политическихъ учрежденій, въ той неопредѣленной области политическихъ традицій и навыковъ, гдѣ ищутъ ихъ въ большинствѣ и теоретики государствовѣдѣнія. И, такъ какъ этотъ „духъ“ несомнѣнно говоритъ въ пользу того, чтобъ „инииціатива и главное направленіе политики правительства“ принадлежали только нижней палатѣ, кабинетъ Буржуа считалъ себя вѣрнымъ ему въ своей борьбѣ съ сенатомъ. Значитъ, для него статья 6-ая вовсе не установляла принципа парламентаризма, принципа опредѣленія политики правительства парламентомъ,—въ данномъ случаѣ—каждой изъ его палатъ,—а установляла нѣкоторое другое правило, которое, по его мнѣнію, имъ исполнено было. Какое это правило, догадаться нетрудно. Четыре раза за время конфликта сенатъ требовалъ отъ министерства объясненій по различнымъ вопросамъ его политики, изъ нихъ два раза уже послѣ вотированія ему недовѣрія. И ни одного раза члены кабинета не подвергали сомнѣнію право сената требовать такихъ объясненій; ибо и тогда, когда президентъ совѣта отказался отвѣчать на запросъ въ засѣданіи 3 апрѣля, онъ сдѣлалъ это не потому, что считалъ запросъ незаконнымъ, а потому, что дѣло казалось ему исчерпаннымъ. Правительство исполнило дѣйствительно свой долгъ передъ сенатомъ. Оно не погрѣшило противъ закона объ отвѣтственности министровъ передъ обѣими палатами. Оно каждой изъ нихъ честно и безпрекословно давало отчетъ въ своей дѣятельности и дѣйствовало въ этомъ случаѣ согласно съ закономъ. Сенатъ же требовалъ

отъ него бо̀льшаго, на что онъ ни по духу парламентарнаго строя, ни по закону права не имѣлъ.

Сенатъ и министерство были строго послѣдовательны въ своихъ выводахъ изъ принятыхъ ими основныхъ положеній. Поэтому и выводы ихъ правильны или неправильны въ той степени, въ какой правильны или неправильны ихъ основныя положенія. Эсменъ же, исходя изъ тѣхъ же посылокъ, что и сенатъ, пришелъ въ своихъ комментаріяхъ къ этому казусу къ тѣмъ же выводамъ, что министерство Буржуа. Именно, признавъ прежде всего, что „политическая отвѣтственность, характеризующая парламентарный строй, заключается просто въ утратѣ власти, въ моральной обязанности министровъ выйти въ отставку, если они потеряли большинство въ парламентѣ и что эта отвѣтственность получила свое, повидимому, точное выраженіе въ статьѣ 6-й конституціоннаго закона 25 февраля 1875 года“, онъ, съ другой стороны, отрицаетъ право сената рѣшать своимъ вотумомъ судьбу министерства [1]). Фактическая возможность добиться отставки кабинета у него, конечно есть, но право не должно смѣшивать съ фактической возможностью, и Эсменъ считаетъ нужнымъ указать на особыя опасности такого смѣшенія понятій въ области конституціоннаго права [2]). Смѣшеніе понятій вещь безспорно очень гибельная, но дѣло въ томъ, что въ данномъ случаѣ построенія самого Эсмена едва ли не страдаютъ именно этимъ порокомъ. Въ самомъ дѣлѣ, чтобъ спасти свое пониманіе политической отвѣтственности министровъ, о которой говоритъ статья 6-ая, онъ долженъ былъ прежде всего стать въ противорѣчіе съ нимъ самимъ высказаннымъ взглядомъ, что національное собраніе, давъ Франціи республиканскую конституцію, „вписало въ нее на этотъ разъ въ ясныхъ выраженіяхъ парламентарную форму правленія“ [3]). Эти „ясныя выраженія“ становятся уже формулой, точной только „повидимому“, „которая не можетъ быть разсматриваема, какъ имѣю-

---

1) Esmein ibidem, 619.
2) Esmein ibidem, 639.
3) Esmein ibidem, 158.



щая абсолютную цѣнность". „Это, оказывается, просто самое опредѣленіе парламентарнаго правительства, ходячее и классическое, въ томъ видѣ, въ какомъ оно было въ обращеніи въ ученіяхъ предыдущихъ временъ". „Министры отвѣтственны передъ палатами" вотъ то, что повторяли во Франціи во времена конституціонной монархіи, чтобъ характеризовать парламентарное правительство, и этимъ, конечно, не хотѣли сказать, что судьба министерства зависитъ отъ палаты пэровъ, какъ и отъ палаты депутатовъ" [1]). Изъ этого разъясненія слѣдовало бы, казалось, однако, уже нѣчто совершенно новое и неожиданное. Разъ статья 6-ая даетъ ходячую характеристику парламентарнаго строя, а существо парламентарнаго строя опять-таки по общепринятымъ ходячимъ понятіямъ сводится къ зависимости министерства отъ одной нижней палаты, то очевидно, что статья 6-ая въ ея истинномъ значеніи отношенія къ сенату никакого не имѣетъ. Множественное число: „перадъ палатами" въ ней является промахомъ, и, подставивъ вмѣсто „палатъ" „палату депутатовъ", можно придать тексту ея уже не одну только „видимость" соотвѣтствія точному ея смыслу. И дѣйствительно при этой простой операціи все какъ будто становится точнымъ и яснымъ, но только до того момента, пока не возникаетъ вопроса, какая же роль остается сенату въ парламентарномъ государствѣ. Неужели его такъ таки слѣдуетъ изгнать изъ всѣхъ постановленій о политической отвѣтственности министровъ и ограничить его функціи функціями законодательной палаты и верховнаго судилища? На это и Эсменъ не рѣшается, и статьѣ 6-ой приходится перенести еще одно тяжелое испытаніе. Толкуемая согласно традиціямъ, она, по мнѣнію Эсмена, даетъ сенату нѣчто бо́льшее, чѣмъ право судить министровъ, обвиняемыхъ палатою депутатовъ. Онъ можетъ контролировать дѣятельность правительства вопросами, интерпелляціями, парламентскими разслѣдованіями". И все это вмѣстѣ приводитъ Эсмена къ убѣжденію, что „въ его толкованіи всѣ постановленія конституціи получаютъ соотвѣтствующее имъ рас-

[1]) Esmein ibidem, 626.



предѣлительное (distributive) примѣненіе, согласное съ принципами и вполнѣ гармоничное" [1]). Слѣдуетъ, однако, внести сюда ту поправку, что постановленія конституціи послѣ такого ихъ распредѣлительнаго примѣненія искажаются до неузнаваемости. Ибо, конечно, только искаженіемъ можно назвать такое толкованіе закона, которое придаетъ установляемымъ имъ отношеніямъ правительства къ двумъ палатамъ парламента въ одномъ случаѣ одинъ, въ другомъ—другой смыслъ. А толкованіе статьи закона, гласящей: „министерство отвѣтственно передъ палатами", такимъ образомъ: „передъ одной палатой оно отвѣтственно на такой то ладъ, а передъ другой—на иной", есть толкованіе именно этого рода.

Такимъ образомъ, здѣсь въ концѣ концовъ дѣло только въ ошибочномъ пониманіи политической отвѣтственности министровъ, какъ обязанности ихъ выходить въ отставку въ случаѣ утраты ими довѣрія парламента. Если въ согласіи съ точнымъ смысломъ конституціоннаго законодательства и конституціонной практики понимать политическую отвѣтственность министровъ, какъ обязанность ихъ давать парламенту отчетъ по поводу дѣйствій правительственной власти, то всѣ недоразумѣнія устраняются, французскій конституціонный конфликтъ получаетъ простое разрѣшеніе, а законъ 25 февраля 1875 года свое дѣйствительно правильное „распредѣлительное примѣненіе". Эсменъ говоритъ, что въ статьѣ 6 этого закона національное собраніе давало въ сущности ходячее опредѣленіе парламентаризма; съ этимъ можно до извѣстной степени согласиться. Да, конечно, во времена конституціонной монархіи во Франціи апостолы парламентаризма выставляли своимъ девизомъ „политическую отвѣтственность министровъ передъ палатами", и исторія первой парламентарной монархіи Людовика XVIII есть именно исторія борьбы за установленіе принципа отвѣтственности правительства передъ парламентомъ. Парламентъ добивался всѣми силами правъ контроля надъ министерствомъ права обсужденія его дѣятельности, права запросовъ [2]). Понимаемая въ такомъ

[1]) Esmein ibidem, 684.
[2]) Barthélemy, Ibidem, 216 и сл.



смыслѣ политическая отвѣтственность министровъ есть необходимая первая ступень въ установленіи парламентарнаго строя, такъ какъ основной принципъ парламентаризма—направленіе политики министерства парламентомъ—предполагаетъ уже обязательность для министровъ держать отвѣтъ передъ палатами. Эта первая стадія развитія парламентарнаго режима и имѣлась въ виду тѣмъ „ходячимъ опредѣленіемъ" его, и только она и была, дѣйствительно, а не „повидимому", точно закрѣплена статьей 6. Конечно, вѣрно также, что во времена парламентарной монархіи „иниціатива" и главное направленіе „политики правительства" признавались прерогативами одной нижней палаты. И такое пониманіе принциповъ парламентаризма перешло и въ третью республику и нашло себѣ подтвержденіе въ конституціонной практикѣ. Но какъ при монархическомъ, такъ и при республиканскомъ устройствѣ начало парламентаризма признанія своего въ оффиціальномъ писаномъ правѣ не получило. Поэтому и искать его тамъ путемъ калѣченія вполнѣ ясныхъ текстовъ законовъ не слѣдуетъ. Словомъ, статья 6 устанавливаетъ единственно для парламентарнаго режима необходимую, но и въ дуалистическомъ государствѣ существующую политическую отвѣтственность министровъ и съ правомъ „дѣлать министерства" дѣйствительно ничего не имѣетъ общаго. Наличность этой отвѣтственности во всѣхъ государствахъ съ представительнымъ правопорядкомъ, даже тамъ, гдѣ она не установлена закономъ, а вытекаетъ изъ „духа политическихъ учрежденій", какъ политическая необходимость, и ея мыслимость и безъ высшаго ея санкціонированія принципомъ парламентаризма не можетъ, конечно, совершенно ускользнуть отъ вниманія теоретиковъ государствовѣдѣнія. Такъ и Эсменъ былъ вынужденъ согласиться, что существуетъ отвѣтственность министровъ и передъ французскимъ сенатомъ. Но, чувствуя, что съ другой стороны для него обоснованіе ея статьей 6, толкуемой имъ въ отношеніи къ палатѣ депутатовъ въ смыслѣ признанія ею начала парламентаризма, затруднительно, онъ пытается этой отвѣтственности придать какой то особый оттѣнокъ. Значеніе сената

по отношенію къ министрамъ имѣетъ въ его глазахъ характеръ „моральнаго авторитета“ [1]), и въ первомъ изданіи своей книги онъ опредѣленно говорилъ объ отвѣтственности министровъ передъ сенатомъ, какъ объ особой формѣ министерской отвѣтственности—„отвѣтственности моральной“ [2]). Невольно напрашивается сближеніе этихъ опредѣленій Эсмена съ его же характеристикой обязанности министровъ выходить въ отставку въ случаяхъ утраты ими довѣрія парламента, какъ обязанности моральной.

Эти многочисленныя противорѣчія, въ которыя впадаетъ Эсменъ, естественно свидѣтельствуютъ о томъ, что ходъ его разсужденій неправиленъ, нелогиченъ. Позволительно даже предположить, что заключительный тезисъ былъ у него готовъ заранѣе, и доказательства нужно было къ нему подгонять. И, однако, при правильности этого тезиса къ нему можно было прійти путемъ простымъ и прямымъ, произведя соотвѣтствующія измѣненія въ отправной посылкѣ. Достаточно было бы, признавъ, что статья 6 закона 25 февраля не закрѣпляетъ начала парламентаризма, доказать, что иныхъ какихъ либо данныхъ для обоснованія права сената „дѣлать министерства“ никѣмъ приведено не было. Для защитниковъ этого права, конечно, лучше всего было бы установить, что право это закрѣплено обычаемъ, что право это положительное, обычное, неписаное. Для такого рода построеній, однако, исторія парламентскаго права Франціи не даетъ абсолютно никакого матеріала. Можно было бы тогда испробовать другой путь и попытаться доказать, что право это, хотя и не стало еще положительнымъ, но для позитивированія уже совсѣмъ готово, что оно пользуется общимъ признаніемъ, что оно живетъ сильное и дѣйственное въ правосознаніи страны; доказать, что обязанность министерства удалиться въ отставку послѣ враждебнаго вотума сената уже является для страны сознанною правовою обязанностью министровъ. Однако, и для этого доказательства матеріаловъ не было

---

[1]) Esmein, Ibidem, 810.

[2]) Esmein, Ibidem, изданіе 1896, 731 (въ третьемъ изданіи этихъ словъ нѣтъ).

приведено во время конфликта и послѣ него обнаружено не было. Напротивъ, даже самое удаленіе министерства Буржуа было обставлено всѣми мѣрами предохраненія отъ истолкованія его въ смыслѣ его зависимости отъ вотума недовѣрія сената. Министерство оставалось болѣе двухъ мѣсяцевъ у власти, не только находясь въ меньшинствѣ въ сенатѣ, но и будучи въ явно враждебныхъ съ нимъ отношеніяхъ. Конституціонность его дѣйствій за это время никѣмъ, кромѣ сената, не оспаривалась. И, уходя въ отставку, оно особо подчеркнуло, что мотивы, руководившіе имъ въ этомъ случаѣ, съ признаніемъ правоты притязаній сената, общаго ничего не имѣли. Прощальная его декларація въ палатѣ депутатовъ въ этой ея части также не встрѣтила возраженій, а получила даже косвенное одобреніе въ резолюціи палаты, провозгласившей первенствующее значеніе избранниковъ всеобщаго голосованія. Остается только пожалѣть, что сомнительное отношеніе самой нижней палаты къ министерству Буржуа побудило ее отказаться отъ категорическаго формулированія ея точки зрѣнія на разыгравшійся конституціонный конфликтъ.

Какъ бы то ни было, и самый конфликтъ сената съ министерствомъ и комментаріи Эсмена къ нему свидѣтельствуютъ въ концѣ концовъ, что и во Франціи равноправности палатъ въ системѣ парламентаризма не существуетъ. А такъ какъ французскій сенатъ является тою единственною верхней палатой, относительно которой возникали въ этомъ вопросѣ сомнѣнія, то можно считать установленнымъ, что при парламентарномъ строѣ политика правительства опредѣляется нижнею палатой парламента. Этого для болѣе точнаго формулированія принципа парламентаризма достаточно. Подробное выясненіе тѣхъ причинъ, которыми такое положеніе верхней палаты въ парламентарномъ государствѣ обусловлено, можетъ быть, конечно, дано только въ связи съ характеристикой политическаго существа парламентарной системы. Но уже и приведенные прецеденты позволяютъ сдѣлать кое-какія общія замѣчанія. Преобладающее значеніе нижней палаты всегда мотивировалось ея непосредственно

представительнымъ характеромъ, дающимъ возможность черезъ связь съ нею установить связь правительства съ народомъ. Если, по словамъ Brusa въ Италіи, предполагается, что тамъ за каждымъ актомъ власти стоитъ въ большемъ или меньшемъ отдаленіи воля народа, то то же въ иныхъ выраженіяхъ говоритъ и Moreau, когда онъ видитъ въ установленіи начала парламентаризма завершеніе представительнаго правопорядка, такъ какъ благодаря ему и власть правительственная пріобрѣтаетъ представительный характеръ [1]). Чтобы ни говорили до сихъ поръ тексты конституцій, какія бы теоріи ни строили по этому поводу ученые государствовѣды,—для безпристрастнаго наблюдателя современной политической жизни не можетъ не быть яснымъ, что въ сознаніи народовъ, живущихъ конституціоннымъ строемъ, верхнія палаты все болѣе и болѣе утрачиваютъ свой представительный характеръ. Поэтому устраненіе ихъ отъ выполненія основной функціи парламентарнаго режима представляется и понятнымъ и логически необходимымъ.

Но не значитъ ли это вообще отодвинуть верхнюю палату на заднiй планъ и лишить ея существованіе, наконецъ, всякаго смысла? Приверженцамъ старой теоріи взаимнаго уравновѣшенія двухъ палатъ это можетъ казаться грустнымъ, но здѣсь приходится просто констатировать наличность такой эволюціи государственныхъ формъ, какая не можетъ быть остановлена искусственнымъ подбадриваніемъ и оживленіемъ отживающихъ свое институтовъ. Поскольку поставленіе верхней палаты на второе мѣсто въ парламентарномъ государствѣ вызвано не случайными причинами, а дѣйствіемъ законовъ этой эволюціи, постольку тѣ же причины вліяютъ и на умаленіе значенія ея и въ тѣхъ областяхъ, гдѣ она пока еще принципіально равноправна съ нижней палатой—въ области законодательства и контроля надъ дѣятельностью правительства. Недаромъ сторонники двухпалатной системы, вынужденные отказать верхней палатѣ въ правахъ на осуществленіе функцій парламентаризма, заботливо обращаются къ ней съ

---

[1]) Moreau, Pour le régime parlementaire. Paris, 1903, стр. 27.



такими, чуть не оскорбленіемъ звучащими совѣтами воздержанія, умѣренности въ осуществленіи другихъ ея правъ. Признать право только для того, чтобы тутъ же совѣтывать не осуществлять его во всей полнотѣ, это ли не жестокая, не оскорбительная иронія? Но здѣсь ироніи, конечно, нѣтъ, и такіе совѣты вынуждены необходимостью. То, что верхняя палата и по вопросамъ законодательства, и въ вопросѣ контроля надъ правительствомъ должна уступать волѣ нижней палаты, уже становится общепризнаннымъ правиломъ. Англичане уже записали въ свой кодексъ конституціонной морали норму, гласящую, что палата лордовъ обязана подчиняться рѣшенію палаты общинъ, если очевидно, что оно выражаетъ волю страны. Но даже и при отсутствіи такого правила, при наличности парламентарнаго строя, верхняя палата фактически можетъ быть приводима правительствомъ, опирающимся на нижнюю палату, въ повиновенію. Если составъ ея можетъ быть пополняемъ членами по назначенію, у правительства есть средство измѣнить ея большинство созданіемъ новыхъ пэровъ. И даже, если она выборная и, какъ французскій сенатъ, не можетъ быть распущена, такъ что измѣненіе ея состава мыслимо только независимо отъ правительства и въ обширный промежутокъ времени, и въ такомъ случаѣ сопротивленіе ея не въ силахъ устоять передъ результатами общихъ выборовъ въ нижнюю палату.

Бэджготъ въ свое время говорилъ, что поддержка палаты общинъ есть для правительства существенная необходимость, поддержка палаты лордовъ—„излишняя роскошь". Въ нѣсколько суровыхъ по необходимости условіяхъ политической жизни современнаго демократическаго государства элементамъ роскоши становится все меньше и меньше мѣста.

IV.

Въ противоположность Монтескье съ его троичнымъ дѣленіемъ государственныхъ властей, Бенжамэнъ Констанъ, одинъ изъ первыхъ теоретиковъ современнаго конституціона-

лизма, насчитывалъ ихъ въ конституціонной монархіи цѣлыхъ пять: 1) власть королевскую, 2) власть исполнительную, 3) власть представительную въ отношеніи постоянства (le pouvoir représentatif de la durée), 4) власть представительную мнѣнія (le pouvoir représentatif de l'opinion) и 5) власть судебную.

Въ этой классификаціи прежде всего бросается въ глаза различеніе власти королевской и исполнительной, и ему и самъ Констанъ придавалъ особое значеніе. Только оно, по его словамъ, разрѣшаетъ удовлетворительно два коренныхъ вопроса цѣлесообразной государственной организаціи: о порядкѣ смѣщенія органовъ исполнительной власти и ихъ отвѣтственности. Королевская власть (здѣсь разумѣется власть главы государства, какъ бы онъ ни назывался) есть власть нейтральная. Власть исполнительная, по существу активная, принадлежитъ министрамъ. Вмѣстѣ съ властями законодательной и судебной она образуетъ тѣ три элемента, совмѣстною дѣятельностью которыхъ обусловлено движеніе государственной жизни. И вотъ, когда эти три элемента, вмѣсто того, чтобы дружно работать, сталкиваются, становятся другъ другу поперекъ дороги, оказывается совершенно необходимымъ еще одинъ элементъ, сила нейтральная, указывающая каждому изъ нихъ свое мѣсто. Эту силу создаетъ конституціонный строй въ королевской власти, имѣющей право лишать власти людей и собранія, которые не могли бы безъ опасности для государства функціонировать дальше. Съ другой стороны, безотвѣтственность главы государства неизбѣжна. Республики пытались сдѣлать главу государства отвѣтственнымъ, но эта отвѣтственность по необходимости становилась призрачной. Вопросъ оставался всегда нерѣшеннымъ, и разрѣшить его можетъ только государственный строй, отдѣляющій отъ верховной власти власть исполнительную, органы которой сдѣлать строго отвѣтственными не представляетъ никакого неудобства. Власть министерская есть въ такой степени единственный органъ исполненія, что монархъ ничего не предпринимаетъ иначе, какъ черезъ посредство своихъ министровъ; онъ не предпринимаетъ ничего, за что бы не отвѣчали под-

писывающіе его распоряженія министры. Когда дѣло идетъ о назначеніяхъ, монархъ дѣйствуетъ самостоятельно, это его непререкаемое право. Но едва лишь предстоитъ активное дѣйствіе или иниціатива таковаго, министры обязаны выступить впередъ, чтобы пререканія и осужденія никогда не могли коснуться личности главы государства [1]).

Развитіе конституціоннаго правопорядка за тѣ почти сто лѣтъ, которыя прошли съ тѣхъ поръ, какъ Констаномъ были написаны его „Принципы политики", еще въ значительной степени расширило предѣлы примѣненія принципа обязательности для главы государства дѣйствовать всегда только черезъ отвѣтственныхъ министровъ. Изъ тѣхъ „благородныхъ, прекрасныхъ, возвышенныхъ прерогативъ", которыми все еще надѣлялъ Константъ своего монарха [2]), едва ли какую нибудь можетъ осуществлять свободно безъ соучастія министровъ глава современнаго конституціоннаго, а тѣмъ болѣе парламентарнаго государства. Даже „дарованіе милостей, отличій, наградъ" подаетъ поводъ къ требованію министровъ къ отвѣту, и если „прерогатива платить взглядомъ за услуги, оказанныя государству", избѣгаетъ этой участи вслѣдствіе очевидной ея воздушности и неуловимости, то въ томъ случаѣ, когда расплата совершается не взглядомъ, а словомъ, свободы котораго Констанъ также требовалъ для монарха, отвѣтственность министровъ вступаетъ въ свои права. Достаточно сказать, что даже въ такомъ далекомъ отъ парламентаризма государствѣ, какъ Германія, изъ года въ годъ возбуждается вопросъ о необходимости обезвредить частыя заявленія и рѣчи императора признаніемъ начала отвѣтственности имперскаго канцлера за нихъ. Дебаты этого года въ германскомъ рехстагѣ по поводу извѣстной телеграммы Вильгельма II графу Голуховскому, когда злая иронія судьбы соединила въ отстаиваніи одной доктрины съ Констаномъ чиновника имперскаго министерства иностранныхъ дѣлъ, мо-

---

[1]) Benjamin Constant. Principes de politique, édition Laboulaye, Paris, 1861, 12—29.

[2]) Constant, ibidem, 28.



гутъ послужить краснорѣчивой иллюстраціей [1]). Въ парламентарныхъ же государствахъ нѣсколько видоизмѣняется и самый характеръ соучастія министровъ въ актахъ главы государства, такъ какъ съ установленіемъ для него необходимости имѣть министровъ, пользующихся поддержкой нижней палаты парламента, онъ передъ лицомъ такихъ министровъ оказывается въ значительной степени лишеннымъ свободы дѣйствій и вынужденъ нерѣдко самъ низойти до роли органа совѣщательнаго, дающаго санкцію даже такому рѣшенію, которое состоится вопреки его совѣтамъ. Напротивъ того, совѣты министровъ парламентарнаго государства въ тѣхъ случаяхъ, когда за ними стоитъ большинство парламента, неизбѣжно превращаются въ акты воли монарха или президента республики, которые, правда, могутъ прибѣгать къ распущенію парламента, какъ къ послѣднему средству, но рѣшенію вновь избранной палаты вынуждены покоряться.

Быть можетъ, послѣ всего этого нетрудно было бы доказать, что предпринятое Констаномъ отдѣленіе власти главы государства отъ власти исполнительной опровергается данными политической жизни. Что если имѣется какое либо основаніе говорить о самодовлѣющей министерской власти, то только въ области подчиненнаго управленія. Такъ какъ въ той области, которую Констанъ отводилъ единственно главѣ государства, и на которую распространилась теперь и министерская власть съ ея отвѣтственностью, обѣ эти власти дѣйствуютъ въ нѣкой идеальной совокупности. А въ парламентарныхъ государствахъ нерѣдко акты, формально являющіеся актами главы государства при участіи министровъ, суть матеріально акты министровъ при участіи монарха или президента. Но гораздо важнѣе то, что подпись министровъ, свидѣтельствующая объ ихъ соучастіи и отвѣтственности, проложила себѣ дорогу и къ тѣмъ актамъ главы государства, которую Констанъ считалъ уже совершенно свободной отъ всякихъ стѣсненій. Quand il est question de nominations le mo-

[1]) См. стенографическіе отчеты о засѣданіяхъ германскаго рейхстага за май 1906 года; третье чтеніе бюджета министерства иностранныхъ дѣлъ.



narque décide seul; c'est son droit incontestable, говоритъ Констанъ. Для нашего времени это безусловно несправедливо. Не говоря о назначеніяхъ лицъ подчиненнаго управленія, неизбѣжно происходящихъ при участіи соотвѣтствующихъ министровъ, самая смѣна министерствъ и по формальнымъ признакамъ перестала быть единоличнымъ дѣйствіемъ главы государства. Если конституція французской республики 1848 года, еще вѣрная принципамъ Констана, постановляла въ 67 статьѣ, что министерской скрѣпы требуютъ всѣ акты президента республики „кромѣ тѣхъ, которыми онъ назначаетъ и увольняетъ министровъ", то теперь вообще и въ дуалистическихъ и въ парламентарныхъ государствахъ скрѣпа требуется и для указовъ объ увольненіи и назначеніи министровъ. Въ Англіи, гдѣ давно уже авторитетными толкователями конституціоннаго права утверждается, что „въ жизни короля отъ восшествія его на престолъ и до самой смерти нѣтъ мгновенія, въ которое кто нибудь не несъ бы за его дѣйствія конституціонной отвѣтственности", признается, что министры вновь назначеннаго кабинета отвѣтственны за увольненіе ихъ предшественниковъ [1]). То же констатируется и относительно Франціи [2]). То же можно сказать и относительно другихъ парламентарныхъ и непарламентарныхъ государствъ [3]).

Внѣшнимъ признакомъ принятія уполномоченнымъ къ тому лицомъ отвѣтственности на себя за акты главы государства является контрасигнированіе имъ его указовъ. Послѣдовательное примѣненіе этого формально-юридическаго принципа въ вопросѣ о смѣнѣ министерствъ встрѣчаетъ, однако, серьезныя трудности. По установившимся традиціямъ, президентъ кабинета, вышедшаго въ отставку, контрасигнируетъ указъ о назначеніи своего преемника, который затѣмъ принимаетъ на себя отвѣтственность за увольне-

[1]) Todd. ibidem, I, 191. Ср. тамъ же случай съ Робертомъ Пилемъ, принявшимъ на себя отвѣтственность за произвольное увольненіе Вильгельмомъ IV министерства лорда Мельбурна.

[2]) Esmein. ibidem, 621, примѣчаніе.

[3]) H. v. Frisch. ibidem, 338 и слѣд.



ніе своихъ предшественниковъ и назначеніе своихъ товарищей. И вотъ даже тогда, когда выходящій въ отставку министръ-президентъ соглашается скрѣпить указъ о назначеніи ему преемника, хотя все и совершается съ формальной стороны безукоризненно, по существу остается мѣсто для недоразумѣній". Принятіе на себя отвѣтственности за актъ главы государства лицомъ, исчезающимъ съ горизонта политической жизни, имѣетъ еще нѣкоторый смыслъ, какъ принятіе отвѣтственности за законность даннаго акта, такъ какъ и бывшаго министра за скрѣпленіе имъ незаконнаго распоряженія монарха или президента можно преслѣдовать въ порядкѣ уголовной отвѣтственности министровъ. Но какъ быть съ отвѣтственностью политической? Какой смыслъ имѣло бы признаніе частнаго лица политически отвѣтственнымъ передъ палатами за нецѣлесообразность дѣйствія главы государства? Эти трудности еще болѣе умножаются въ томъ случаѣ, если уходящій въ отставку министръ-президентъ не даетъ своей скрѣпы указу о назначеніи новаго министра. Тутъ остается прибѣгнуть къ контрасигнированію новымъ министромъ-президентомъ прежде всего указа о собственномъ своемъ назначеніи, а затѣмъ и указовъ объ увольненіи прежнихъ и назначеніи новыхъ министровъ. Этотъ пріемъ нашелъ даже свое законное закрѣпленіе въ статьѣ 30 греческой конституціи. „При полной смѣнѣ министерства, говоритъ она, между прочимъ, если никто изъ уволенныхъ министровъ не соглашается контрасигнировать распоряженія короля объ увольненіи прежняго и назначеніи новаго министерства, оно скрѣпляется президентомъ новаго министерства послѣ того, какъ онъ назначенъ королемъ и принесъ требуемую присягу. „Но искусственность его совершенно очевидна, такъ какъ контрасигнированіе извѣстнымъ лицомъ акта власти, которымъ оно впервые уполномочивается контрасигнировать что бы то ни было, неопровержимо свидѣтельствуетъ о наличности здѣсь нѣкотораго юридическаго hiatus'a, зіянія, покрыть которое иначе, какъ завѣдомо недостаточными конструкціями, невозможно [1]).

---

[1]) Исчерпывающія вопросъ замѣчанія см. у H. v. Frisch ibidem, 338—341.



Если, однако, самое требованіе скрѣпленія соотвѣтствующими лицами актовъ, относящихся къ увольненію и назначенію министровъ, остается въ силѣ и не подлежитъ устраненію, то происходитъ это оттого, что, какъ увольненіе, такъ и назначеніе министровъ могутъ быть прежде всего актами нецѣлесообразными. Порочность распоряженія объ увольненіи министровъ можетъ быть установляема именно только съ точки зрѣнія его нецѣлесообразности, такъ какъ конституціи и дуалистическихъ и парламентарныхъ государствъ даютъ главѣ государства дискреціонное право увольненія министровъ. Понятно только, что извѣстное количественное, а не качественное различіе по этому вопросу неизбѣжно обнаруживается въ государствахъ этихъ двухъ типовъ, въ виду того, что въ парламентарномъ государствѣ несвоевременное или вообще нецѣлесообразное удаленіе кабинета въ отставку можетъ имѣть значеніе во много разъ болѣе важное, чѣмъ подобное же событіе въ государствѣ дуалистическомъ. Съ назначеніемъ же министровъ дѣло обстоитъ нѣсколько иначе. Хотя полномочія монарховъ и президентовъ дуалистическихъ государствъ и въ этомъ отношеніи разсматриваются обыкновенно, какъ дискреціонныя, но это традиціонное воззрѣніе ошибочно, и глава государства дуалистическаго часто бываетъ ограниченъ въ осуществленіи этого права въ весьма значительной степени рядомъ законныхъ постановленій. Достаточно, напримѣръ, указать на то, что министръ можетъ быть въ порядкѣ особаго уголовнаго суда лишенъ права занимать какую бы то ни было должность на государственной службѣ или спеціально должность министра, и что назначеніе такого лица вновь министромъ было бы со стороны главы государства дѣйствіемъ незакономѣрнымъ. Но мыслимы и встрѣчаются и иныя законныя ограниченія свободнаго права монарха или президента назначать своихъ министровъ. Такъ, въ Баварскомъ законѣ объ отвѣтственности министровъ постановляется, что министрами могутъ быть назначаемы только штатные государственные совѣтники (§ 1), а наряду съ этимъ въ цѣломъ рядѣ конституцій встрѣчается запрещеніе назначать министрами членовъ царствующей династіи (бельгійская кон-

ституція, § 87, греческая, § 77, сербская, § 77) или иностранцевъ (бельгійская, § 86, норвежская, § 92, португальская, § 106, румынская, § 97), причемъ, эти примѣры хотя и заимствованы изъ конституцій парламентарныхъ государствъ, но, очевидно, вполнѣ мыслимы и при господствѣ дуалистическаго строя. И вотъ въ этомъ то пунктѣ обнаруживается окончательно особенность, характеризующая положеніе главы государства съ парламентарнымъ режимомъ. Въ любомъ дуалистическомъ и парламентарномъ государствѣ могутъ дѣйствовать правила, ограничивающія монарха или президента въ осуществленіи его права назначать министровъ. Они могутъ быть весьма разнообразны, ихъ можетъ быть много и мало, они могутъ быть очень важны и совершенно ничтожны. Но они всѣ стушевываются передъ ограниченіемъ главы парламентарнаго государства, обусловленнымъ особенностью взаимоотношенія, существующаго между нимъ и нижней палатой въ системѣ парламентаризма, и рѣзкой чертой отличающимъ его отъ главы государства дуалистическаго.

Какъ принято теперь говорить, назначеніе кабинета министровъ въ парламентарномъ государствѣ есть совмѣстный актъ главы его и нижней палаты парламента. Для того, чтобъ опредѣлить роль парламентарнаго монарха или президента въ образованіи министерства и нужно, очевидно, выяснить, какіе элементы этого акта выпадаютъ на его долю, какіе на долю нижней палаты. Добытое до сихъ поръ на предыдущихъ страницахъ опредѣленіе роли нижней палаты парламента въ моментъ смѣны министерства гласитъ, что палата указываетъ прямо или косвенно, какой политикѣ она даетъ свою поддержку, какую она осуждаетъ. Роль главы государства но отношенію къ кабинету, заслужившему осужденіе, ясна: онъ приметъ его отставку, если премьеръ-министръ, какъ обыкновенно случается, самъ попроситъ о ней; онъ напомнитъ ему о необходимости удалиться, какъ напомнилъ объ этомъ Людовикъ XVIII герцогу Ришелье, если тотъ попытается остаться у власти.—Съ назначеніемъ же новаго министерства дѣло обстоитъ слѣдующимъ образомъ. Если нижняя палата не выбираетъ, не указываетъ лица, должен-

ствующаго стать во главѣ новаго кабинета, а выбрать указать его кто либо долженъ, то очевидно, что приходится дѣлать это главѣ государства, палата же только обусловливаетъ, такъ сказать, его выборъ. Такимъ образомъ выборъ новаго перваго министра, хотя и ограниченный условіями, выставляемыми нижней палатой, и есть функція монарха или президента. Бываетъ, конечно, что палата въ моментъ смѣны кабинетовъ не просто предоставляетъ главѣ государства разобраться въ значеніи, составныхъ элементахъ и программѣ ея большинства, а какъ бы приходитъ ему на помощь, посильно выясняя положеніе. Это можетъ быть достигнуто мотивировкой порядка дня, выражающаго порицаніе министерству; это можетъ послужить также темой для особой резолюціи въ родѣ той, какую вынесла французская палата депутатовъ по поводу выхода въ отставку министерства Буржуа. Но всѣ такія манифестаціи палаты—даже въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ вызывались желаніемъ ея протестовать противъ удаленія пользовавшихся ея довѣріемъ министровъ, какъ это было при смѣнѣ кабинета Мельбурна кабинетомъ Пиля—касаются не лицъ, а политики. Какъ французская палата говорила о своей рѣшимости осуществлять демократическія реформы, такъ англійская палата просила въ своемъ адресѣ короля назначить министрами только лицъ, готовыхъ принять въ свою политическую программу билль о реформѣ.

Было, правда, время, когда одна изъ партій англійскаго парламента претендовала на право предлагать королю опредѣленное лицо для назначенія его премьеромъ. Со времени восшествія на престолъ ганноверской династіи однимъ изъ догматовъ вигійскаго партійнаго символа вѣры было то начало, что первымъ министромъ назначается короной лицо, избранное главарями партіи. Настойчивость, съ которой виги требовали исполненія этого принципа, ставя въ зависимость отъ него обязательство оказывать поддержку кабинету, не разъ дѣлала составленіе министерства невозможнымъ. Въ 1812 году сопротивленіе виговъ вынудило даже принца-регента прибѣгнуть къ такому странному средству, какъ порученіе кабинету, лишенному вслѣдствіе убійства Персиваля

своего главы, выбрать новаго премьера. Но съ тѣхъ поръ право короля выбирать главу кабинета пріобрѣло общее признаніе и сомнѣніямъ не подвергается [1]). Главамъ континентальныхъ государствъ это право дается конституціями, такъ что съ формальной стороны оно въ доказательствахъ не нуждается. Что же касается того, въ какой степени свобода его осуществленія ограничивается принципомъ парламентаризма въ конкретныхъ условіяхъ парламентской жизни отдѣльныхъ странъ, то здѣсь можно намѣтить цѣлую скалу возрастанія ея. Внизу нужно поставить Англію. Не то обстоятельство, что здѣсь палата или страна выбираетъ перваго министра, а особенности партійной организаціи, благодаря которымъ каждая партія имѣетъ по общему правилу одного признаннаго лидера, низводятъ свободу короны къ нулю, когда передъ ней стоитъ партія располагающая абсолютнымъ большинствомъ въ палатѣ общинъ. Но пусть въ этой партіи два-три человѣка оспариваютъ другъ у друга главенство, пусть съ призваніемъ ея къ власти—что̀ бываетъ—она вынуждена распасться на фракціи вслѣдствіе измѣненія программы, или пусть большинство въ палатѣ будетъ коалиціонное, и свобода короны и здѣсь увеличится. Таково же положеніе дѣлъ и въ Бельгіи, гдѣ хотя обыкновенно большинствомъ и располагаетъ одна партія, но гдѣ партіи не имѣютъ однако, признаннаго лидера. А дальше пойдетъ Франція съ ея многочисленными „ministrables“, которые, однако все же группируются болѣе или менѣе въ одномъ мѣстѣ палаты, раньше держась преимущественно въ центрѣ и на границѣ съ лѣвой, теперь же рѣшительно передвинувшись налѣво. И, наконецъ, Италія и подобныя ей страны. Тутъ искусству короля остается широкое поприще для изобрѣтенія самыхъ причудливыхъ коалицій, могущихъ выдвинуть новаго премьера.

Обычная процедура, при помощи которой глава государства направляетъ свой выборъ на то или иное лицо, заключается въ совѣщаніяхъ его съ вождемъ оппозиціи въ Англіи, если таковой есть, съ президентами Сената и палаты во Фран-

[1]) Todd, I, 188—190.



ціи, вообще же и съ другими выдающимися политическими дѣятелями. Нетрудно догадаться, что переговоры съ этими лицами служатъ для выясненія политическаго положенія, того, какая программа могла бы соединить большинство нижней палаты, какія лица наиболѣе подходили бы для выработки и осуществленія ея. Цѣлый рядъ привходящихъ обстоятельствъ, помимо совѣтовъ компетентныхъ лицъ, могутъ облегчить монарху или президенту выборъ перваго министра. Иногда имъ будетъ по необходимости предводитель одной изъ партій, хотя и не располагающій абсолютнымъ однороднымъ большинствомъ въ палатѣ, но какъ бы воплощающій въ себѣ принципы, объединившіе рядъ фракцій въ общей борьбѣ съ кабинетомъ. Такъ послѣ выборовъ 1886 года англійскимъ первымъ министромъ естественно долженъ былъ стать лордъ Сольсбери, хотя консерваторы и не были въ большинствѣ. Такъ въ Италіи, гдѣ король вообще пользуется значительной свободой въ выборѣ министровъ, этотъ выборъ бываетъ самъ собою рѣшенъ, когда палата избираетъ своимъ президентомъ лицо, враждебное министерству, что иногда разсматривается здѣсь какъ своего рода вотумъ недовѣрія [1]). Одно несомнѣнно. То обстоятельство, что министерство не можетъ оставаться у власти, если политика его не пользуется поддержкой нижней палаты, заставляетъ главу государства искать для занятія мѣста перваго министра лицо, которое могло бы образовать кабинетъ съ программой, соотвѣтствующей желаніямъ большинства палаты. „Въ этомъ случаѣ, говоритъ Dupriez, на долю короля выпадаетъ, быть можетъ, серьезная и деликатная миссія: изъ возможныхъ коалицій и комбинацій онъ долженъ выбрать ту, которая пользуется наибольшими шансами на успѣхъ и которая оказывается наиболѣе соотвѣтствующей желаніямъ и интересамъ страны; изъ политическихъ дѣятелей онъ долженъ выбрать того, котораго сочтетъ наиболѣе способнымъ, разрѣшить запутанное положеніе вещей" [2]).

Еще болѣе ясно обнаруживается характеръ той роли, ко-

---

[1]) Dupriez, ibidem, I, 284.

[2]) Dupriez, ibidem, I, 44.



торую играетъ въ образованіи кабинета глава парламентарнаго государства, въ слѣдующемъ періодѣ, когда совершается подборъ отдѣльныхъ министровъ. Если выборъ премьера называютъ совмѣстнымъ актомъ главы государства и нижней палаты, то при выборѣ другихъ министровъ начинаетъ оказывать свое вліяніе еще новый факторъ, только что назначенный министръ-президентъ. По общему правилу, предсѣдатель парламентарнаго кабинета пользуется свободой въ выборѣ своихъ товарищей. Эту свободу издавна отвоевывали себѣ англійскіе первые министры, къ какой бы партіи они не принадлежали, и она должна была быть, наконецъ, предоставлена имъ, такъ какъ выборъ министровъ, обусловленный чисто личными соображеніями главы государства, при парламентарномъ режимѣ по самому существу дѣла не можетъ имѣть мѣста. Передъ монархомъ или президентомъ и новымъ первымъ министромъ стоитъ одна нелегкая задача: образовать кабинетъ изъ лицъ, достаточно между собою солидарныхъ, чтобы объединиться въ общей политикѣ, и достаточно вліятельныхъ, чтобы достойно представлять передъ парламентомъ отдѣльныя отрасли этой политики. Въ тѣхъ случаяхъ, когда кабинетъ образуется лидеромъ однороднаго партійнаго большинства, отдѣльные портфели будутъ распредѣлены между тѣми или другими членами партіи, потому ли, что они выдаются своими политическими дарованіями, потому ли, что они вліятельно представляютъ отдѣльные фракціонные оттѣнки въ партіи, потому ли, наконецъ, что по своимъ знаніямъ или политическимъ убѣжденіямъ они наиболѣе подходятъ для занятія извѣстныхъ постовъ. Задача составленія кабинета болѣе осложняется, если его приходится составлять на коалиціонныхъ началахъ. Здѣсь являются вопросы и о томъ, какіе пункты программъ отдѣльныхъ партій могутъ быть приняты программою кабинета и о томъ, какіе представители партій наилучше обезпечатъ общей политикѣ ихъ поддержку. Если же теперь попытаться опять расчленить совмѣстный актъ парламента, перваго министра и главы государства, то, такъ какъ роль перваго фактора остается и здѣсь неизмѣнной,—очевидно, что рѣшающее вліяніе, въ предѣлахъ

очерченныхъ принципомъ парламентаризма, выпадаетъ на долю главы государства и въ особенности перваго министра. Это преимущественное вліяніе премьера легко объясняется лучшею его освѣдомленностью и серьезностью его задачи, въ осуществленіи которой ему не приходится ставить лишнихъ препятствій. Что же касается роли главы государства, то ошибочно признавать ее совершенно ничтожной. Конечно, она обусловливается партійными комбинаціями момента, но какъ бы эти комбинаціи ни были ясны, составленіе министерства можетъ всегда и всюду встрѣтить такого рода препятствія, къ устраненію которыхъ бываетъ полезно привлечь и монарха или президента. Если уже и конституціонный государь, поскольку онъ пользуется извѣстнымъ личнымъ авторитетомъ и не совсѣмъ уклоняется отъ политическихъ дѣлъ, можетъ обезпечить кабинету согласіе того или другого крупнаго дѣятеля на министерскій портфель, а иногда и поддержку парламентской группы, то президентъ республики самъ еще недавно бывшій человѣкомъ партіи, располагающій связями, не утратившій еще въ иныхъ случаяхъ вліянія активнаго политическаго борца,—тѣмъ менѣе осуждается на полную инертность. Какія-нибудь неизмѣнныя правила тутъ трудно установить, но въ общемъ слѣдуетъ согласиться съ тѣмъ, какъ Hervieu характеризуетъ роль главы государства въ образованіи министерствъ. „Когда большинство ясно, и не можетъ быть никакихъ сомнѣній относительно его сплоченности, говоритъ онъ, миссія главы государства отличается элементарною простотой, такъ какъ министерства образуются сами собой, и участіе его дѣлается простой формальностью. Но когда большинство неопредѣленно и непрочно, глава государства оказывается призваннымъ играть роль судьи и посредника. Вынужденный найти то большинство, представителемъ котораго могъ бы быть кабинетъ, онъ долженъ будетъ позаботиться о томъ, чтобы новое министерство не только точно соотвѣтствовало этому большинству, но чтобъ оно не заключало также въ себѣ элементовъ разложенія [1])“.

[1]) Hervieu. ibidem, III.



Человѣку, слѣдящему за газетными извѣстіями о событіяхъ, сопровождающихъ министерскіе кризисы въ парламентарныхъ государствахъ, знакомы эти совѣщанія монарха или президента сначала съ нѣсколькими политическими дѣятелями, потомъ болѣе продолжительныя совѣщанія его съ однимъ изъ нихъ, прерываемыя переговорами лица, взявшагося за составленіе министерства, съ представителями партійныхъ группъ за которыми опять слѣдуютъ посѣщенія главы государства предполагаемыхъ премьеромъ и отдѣльными его сотрудниками. Людямъ, заботящимся съ особою трогательностью о сохраненіи за монархомъ (президентами республики они обыкновенно не интересуются) возможной полноты личнаго вліянія на ходъ государственныхъ дѣлъ, представляется сверхъ этого немаловажнымъ вопросъ о томъ, можетъ ли парламентарный монархъ заставить при составленіи кабинета принять во вниманіе личныя его симпатіи и антипатіи. При самомъ тщательномъ изученіи процесса образованія министерства, однако, очень трудно обнаружить степень вліянія личныхъ чувствъ монарха, хотя бы уже потому, что и главы государствъ не избавлены вѣроятно отъ желанія прикрывать личныя соображенія обличьемъ принципіальныхъ, политическихъ мотивовъ. Но вообще несомнѣнно, что личныя чувства должны отступать на второй планъ передъ политическими комбинаціями, такъ какъ съ момента появленія вновь образованнаго кабинета передъ парламентомъ одна поддержка главы государства не можетъ придать ему жизнеспособности [1]). И если, съ другой стороны, въ виду того, что министрамъ неизбѣжно приходится быть въ непосредственныхъ сношеніяхъ съ главой государства, непреодолимыя антипатіи его къ отдѣльному министру могутъ имѣть свое значеніе, то во всякомъ случаѣ ясно, что возможность удовлетворенія желаній главы государства зависитъ отъ степени важности министра для данной политической комбинаціи.

[1]) Ср. слова Роберта Пиля: „Согласно конституціи правительство, послѣ того какъ оно имѣло случай испробовать свои силы, не можетъ настаивать на томъ, чтобы вести дальше государственныя дѣла противъ рѣшительнаго большинства палаты общинъ, даже если оно пользуется довѣріемъ и милостью короля и поддержкою палаты лордовъ“. Todd. ibidem, I, 109.



Такимъ образомъ въ соотвѣтствіи съ функціей, выполняемой нижней палатой парламентарнаго государства, функціи главы его характеризуются, какъ увольненіе министерства, политика котораго не пользуется поддержкой палаты, и назначеніемъ такого, политика котораго соотвѣтствуетъ требованіямъ ея. Если въ этой характеристикѣ установляется непосредственное отношеніе между главой государства и парламентомъ, съ устраненіемъ министровъ, тогда какъ обыкновенно министры первые по видимому исполняютъ основное велѣніе начала парламентаризма и первые ходатайствуютъ объ отставкѣ, то считать это ея недостаткомъ нельзя. Основной принципъ парламентарнаго строя есть тотъ, что политика правительства должна пользоваться поддержкой нижней палаты. Политика правительства—есть политика даннаго министерства. Заявляя ему свое недовѣріе, палата пользуясь—фактически ли ей принадлежащею возможностью, присвоеннымъ ли ей правомъ—установляетъ, что условія, требуемаго парламентарнымъ принципомъ, не существуетъ.—И изъ этого—въ свою очередь, въ силу ли политической цѣлесообразности, въ силу ли правовой обязательности (это зависитъ отъ пониманія существа принципа парламентаризма)—вытекаетъ для главы государства необходимость устранить то, что не соотвѣтствуетъ требованіямъ основного принципа, и принять мѣры къ исполненію этихъ требованій. Поэтому и отдѣлять здѣсь министровъ отъ главы государства и придавать ихъ дѣятельности самостоятельное, самодовлѣющее значеніе, не надлежитъ. Это отдѣленіе было бы мыслимо только при условіи признанія, что въ случаѣ выраженія палатой недовѣрія кабинету прошенія министровъ объ отставкѣ превращаются въ приказы ихъ королю или президенту уволить ихъ, или допущеніемъ, что такое прошеніе есть лишь способъ передачи по адресу приказа, исходящаго отъ палаты. При данной же характеристикѣ парламентарнаго начала, если и можно говорить о самостоятельной роли министровъ, то только въ томъ смыслѣ, что они своими прошеніями доводятъ до свѣдѣнія главы государства о томъ, что, по ихъ мнѣнію—создалось положеніе вещей, которое вынуждаетъ или обязываетъ его уволить. Ихъ обращеніе къ главѣ

государства и здѣсь является такимъ образомъ „совѣтомъ" ему въ осуществленіи его прерогативъ, совѣтомъ, которому особая сила придается господствомъ въ данномъ государствѣ принципа парламентаризма. Что дѣло обстоитъ именно такъ, что велѣніе правовой ли нормы, фактической ли необходимости обращается здѣсь къ самому главѣ государства, явствуетъ изъ того неоспоримо мыслимаго случая, когда глава государства уволилъ бы безъ всякаго прошенія кабинетъ, утратившій поддержку палаты и не пожелавшій удалиться въ отставку. Пусть всѣ министры этого кабинета отказались бы контрасигнировать указъ о назначеніи новаго премьера; глава государства удовольствовался бы скрѣпой новаго премьера подъ указомъ о собственномъ его назначеніи, уволилъ бы подъ его отвѣтственностью старый кабинетъ со всѣми требуемыми формальностями, и новые министры безъ страха могли бы держать передъ палатой отвѣтъ за увольненіе ихъ предшественниковъ, уволенныхъ безъ прошенія, но во исполненіе начала парламентаризма.

Такое пониманіе взаимоотношенія, существующаго въ парламентарномъ государствѣ между монархомъ или президентомъ и нижней палатой имѣетъ—это можно сказать уже здѣсь—чрезвычайное значеніе для уразумѣнія всей структуры парламентарной монархіи и республики. Оно, именно, сохраняетъ въ неприкосновенности право монарха или президента назначать и увольнять министровъ, обставляя только пользованіе имъ тѣми условіями, которыя вытекаютъ изъ основного начала парламентаризма и которыя, въ зависимости отъ фактическихъ особенностей данной страны или даннаго момента въ большей или меньшей степени суживаютъ свободу его осуществленія. Согласно данной здѣсь характеристикѣ парламентаризма, глава парламентарнаго государства можетъ образовать свое министерство, какъ ему угодно, изъ кого ему угодно, съ единственнымъ необходимо ограничивающимъ его условіемъ, чтобы политика, представляемая его министерствомъ, пользовалась поддержкой нижней палаты. Отсюда нетрудно понять, какъ можетъ онъ пользоваться правомъ увольненія министровъ. Случаи увольненія отдѣльныхъ членовъ кабинета

по желанію главы государства извѣстны [1]), и совершенно очевидно, при какихъ обстоятельствахъ они возможны. Разъ весь кабинетъ солидаренъ съ даннымъ министромъ и разъ увольненіе его лишаетъ кабинетъ поддержки парламента, вслѣдствіе какихъ бы то ни было индивидуальныхъ его свойствъ или политическаго его значенія,—увольняя такого министра, глава государства или (если министры согласятся на увольненіе товарища) самъ лишитъ кабинетъ поддержки палаты и тѣмъ приведетъ его къ паденію или, въ противномъ случаѣ, непосредственно вызоветъ отставку всего кабинета,—то есть такъ или иначе, но неизбѣжно долженъ будетъ считаться со смѣною министерствъ. Такъ что здѣсь вопросъ сведется къ тому, насколько вообще мыслима для главы государства смѣна цѣлаго министерства, когда палата не подаетъ къ тому со своей стороны какихъ либо поводовъ. Вопросъ же этотъ разрѣшается въ зависимости отъ возможности для главы государства немедленно на мѣсто стараго министерства поставить новое, которое, однако, пользовалось бы такою же поддержкой палаты. Если такіе случаи и крайне рѣдки, то довольно часты близко къ нимъ подходящіе примѣры перестройки министерствъ, вызываемые, конечно, не всегда, но иногда и личными соображеніями главы государства. Если же такая смѣна невозможна, если совершенно очевидно, что только находящееся у власти министерство можетъ расчитывать на поддержку палаты, глава государства вынужденъ или сохранять его или итти наперекоръ основному принципу парламентаризма. Тотъ случай, когда глава государства, при смѣнѣ министерства по личной инціативѣ, распускаетъ парламентъ, устраняя такимъ образомъ повидимому препятствія къ свободѣ своихъ дѣйствій, есть лишь случай отсрочки все той же диллеммы. Если выборы даютъ благопріятный новому министерству результатъ, здѣсь повторяется то же, что было бы въ случаѣ замѣны одного пользующагося довѣріемъ па-

[1]) Самый знаменитый изъ нихъ случай съ лордомъ Пальмерстономъ, министромъ иностраннихъ дѣлъ въ министерствѣ Росселя въ 1851 году. Todd ibidem, II, 180. Ср. также Esmein ibidem, 601.



латы министерства другимъ, пользующимся такимъ же довѣріемъ; если же новый парламентъ высказывается за политику уволеннаго кабинета, „личнымъ“ министрамъ главы государства достается въ удѣлъ тяжесть отвѣтственности не только за удаленіе ихъ предшественниковъ, но и за произвольное распущеніе палаты [1]).

Такимъ образомъ послѣ разсмотрѣнія подробностей взаимоотношенія, существующаго между органами парламентарнаго государства, и характеристики особенностей ихъ функцій, надлежитъ признать, что основнымъ моментомъ въ системѣ парламентаризма является слѣдующее, проникающее всю структуру парламентарнаго государства начала. Въ парламентарномъ государствѣ политика правительства, воплощаемая въ политикѣ даннаго министерства, должна пользоваться одобреніемъ нижней палаты парламента. Или, выражая это начало въ формѣ нормы, велѣнія, обращеннаго къ соотвѣтствующимъ субъектамъ: въ парламентарномъ государствѣ глава его вынужденъ или долженъ назначать только такое министерство, политика котораго пользуется поддержкой и одобреніемъ нижней палаты парламента.

Для законченности опредѣленія основного принципа парламентаризма остается выбрать между словомъ „вынужденъ“ и словомъ „долженъ“, то есть установить, носитъ ли велѣніе, связывающее главу парламентарнаго государства опредѣленными условіями въ назначеніи министровъ, характеръ фактическій или правовой.

К. Соколовъ.

---

[1]) См. цитированный выше случай Пиль-Мельбурнъ.



СПЕЦІАЛЬНЫЕ АГРАРНЫЕ ЗАКОНЫ ВЪ ЗАПАДНОМЪ КРАѢ.

I.

Всякое аграрное законодательство является по своей юридической сущности лишь одною изъ отраслей общегражданскаго права даннаго государства и никакимъ образомъ не можетъ расходиться съ этимъ правомъ въ своихъ основаніяхъ. Будучи источникомъ правообразованія въ области аграрныхъ отношеній, аграрное законодательство, очевидно, должно предоставлять и оцѣнку возникающихъ на его почвѣ недоразумѣній тому же суду, вѣдѣнію котораго подлежитъ въ данной странѣ всякій споръ о правѣ гражданскомъ. Малѣйшее уклоненіе отъ этого элементарнаго принципа, хотя бы только въ сторону расширенія аграрнымъ законодательствомъ области публичнаго права, влечетъ за собою неисчислимыя послѣдствія въ видѣ коллизіи гражданскихъ и государственныхъ интересовъ; обоснованіе же аграрнаго законодательства на иныхъ противъ гражданскаго права началахъ и изъятіе создаваемыхъ имъ правоотношеній изъ вѣдѣнія общихъ гражданскихъ судовъ, съ подчиненіемъ ихъ спеціальнымъ учрежденіямъ, создаетъ невыносимую для населенія путаницу правовыхъ понятій и замѣняетъ крѣпкіе устои права шаткой политикой усмотрѣнія.

Примѣръ перваго положенія мы видимъ въ нашемъ крестьянскомъ законодательствѣ, которое хотя и отнесено къ области государственнаго права, но создаваемыя имъ аграр-

ныя правоотношенія всетаки подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ установленій. Постоянныя коллизіи гражданскихъ и государственныхъ интересовъ, приведшія, наконецъ, черезъ сорокъ пять лѣтъ послѣ реформы 61 года къ новому возрожденію крестьянскаго вопроса во всей его силѣ,—достаточно выдвинуты и освѣщены за послѣднее время какъ оффиціальной, такъ и частной литературой.

Но неисчислимо большую смуту въ самыхъ близкихъ населенію правовыхъ понятіяхъ вносятъ спеціальныя законоположенія о поземельномъ устройствѣ сельскихъ обывателей разныхъ наименованій въ нашемъ западномъ краѣ, которыя и являются яркимъ примѣромъ второго указаннаго мною положенія. Послѣдствіемъ этой смуты является уже вопросъ не объ урегулированіи только взаимоотношеній разныхъ частей населенія въ одной и той же мѣстности, а вопросъ объ устраненіи страшнаго обостренія отношеній, съ одной стороны,—разныхъ классовъ населенія края, а съ другой,—всего края къ государству.

Исторія и практика нашихъ спеціальныхъ законоположеній о поземельномъ устройствѣ сельскихъ обывателей различныхъ наименованій въ западномъ краѣ настолько характерна и поучительна, что одно ихъ изслѣдованіе можетъ служить достаточнымъ доказательствомъ всей несостоятельности абсолютизма и бюрократической системы управленія государствомъ. Признаніе этой несостоятельности теперь, конечно, стало уже общимъ мѣстомъ, и не къ подтвержденію ея служитъ настоящій мой трудъ. Но народному представительству предстоитъ распутывать гордіевъ узелъ разныхъ взаимоотношеній, созданныхъ его бездарнымъ предшественникомъ по управленію страной, во всѣхъ отрасляхъ государственной жизни, и одно изъ первыхъ мѣстъ въ его работѣ несомнѣнно займетъ положеніе аграрнаго вопроса въ западномъ краѣ. Предлагаемый очеркъ, быть можетъ, прибавитъ нѣсколько штриховъ къ обрисовкѣ этого положенія.

Весьма недавно наше правительство съ ужасомъ отвергло проектъ дополнительнаго надѣленія крестьянъ на выкупныхъ



началахъ тѣми землями, которыя издавна не эксплоатируются помѣщиками лично, а сдаются крестьянамъ въ аренду. Проектъ этотъ найденъ былъ не только слишкомъ либеральнымъ, но и не соотвѣтствующимъ духу русскаго законодательства, охраняющаго неприкосновенность частной земельной собственности. И дѣйствительно, въ отношеніи коренныхъ русскихъ губерній принципъ этотъ соблюдался съ 1861 до того свято, что ради его поддержанія крестьяне изъ собственниковъ своихъ надѣльныхъ земель, по духу Положенія 19 февраля, были закономъ 14 декабря 1893 года обращены въ какихъ то обязательныхъ, но ограниченныхъ владѣльцевъ, а за нарушеніе ими правъ помѣщичьей собственности была установлена закономъ 10 апрѣля м. г. коллективная отвѣтственность цѣлыхъ ни въ чемъ не повинныхъ сельскихъ обществъ.

Однако, въ отношеніи западнаго края наше законодательство и правительство искони держались совершенно другихъ принциповъ и ради чисто политическихъ цѣлей, ничего общаго съ юридическими соображеніями не имѣющихъ, неоднократно превращали институтъ аренды въ выкупную операцію. Особенно характернымъ при этомъ является то обстоятельство, что періодъ этихъ превращеній въ западномъ краѣ какъ разъ совпадаетъ съ періодомъ вящшаго укрѣпленія принципа частной собственности въ остальной Россіи, т. е. съ царствованіемъ Императора Александра III-го. Начиная съ 1882 по 1893 годъ, послѣдовательно были изданы для этого края законы о переходѣ на выкупъ вольныхъ людей 2-го разряда, чиншевиковъ и арендаторовъ православнаго исповѣданія. Къ этой же эпохѣ можно въ сущности отнести и послѣдовавшіе нѣсколько позднѣе законы—4 іюня 1901 г.: о поземельномъ устройствѣ единовѣрцевъ и старообрядцевъ (въ измѣненіе правилъ 1876 г.), и 17 марта 1903 года: о вольныхъ людяхъ 2-го разряда, водворенныхъ въ Минской губерніи. Оба эти закона—плоть отъ плоти прежнихъ Положеній и прошли, очевидно, по сохранившейся отъ предшествовавшаго царствованія инерціи.

Основныя, общія всѣмъ этимъ Положеніямъ черты слѣдующія: 1) аренда помѣщичьей земли замѣняется выкупомъ

въ собственность арендуемыхъ земель, 2) всѣ взаимоотношенія между помѣщиками и выкупающими землю, а равно и заявляющими только права на выкупъ, изъемлются изъ вѣдѣнія судебныхъ установленій и 3) всѣ правоотношенія, возникающія между этими лицами, устанавливаются и регулируются крестьянскими учрежденіями, разрѣшающими также и всѣ при этомъ споры о правѣ гражданскомъ.

Несомнѣнно, что проведеніе принципа обращенія постоянной аренды въ выкупную операцію въ западномъ краѣ могло быть оправдываемо даже съ точки зрѣнія началъ общаго гражданскаго права, если бы это проведеніе исходило изъ соображеній о нарождающемся въ краѣ правосознаніи, отличномъ отъ правосознанія коренной Россіи, и находилось въ строгомъ съ нимъ соотвѣтствіи. Однако, въ законодательныхъ мотивахъ къ перечисленнымъ Положеніямъ не только не усматривается хотя бы попытки къ юридическому ихъ обоснованію, но даже, наоборотъ, совершенно опредѣленно излагается только политическій принципъ поощренія *исконно преданной правительству, или самодержавію, или православію, части населенія на счетъ другой*, не стоящей, очевидно, поощренія части.

Подобный принципъ, положенный законодательнымъ учрежденіемъ въ основаніе того или иного аграрнаго закона лишь въ угоду правительственной власти, при проведеніи его въ жизнь такимъ установленіемъ, которое этой власти непосредственно подчинено, естественно вырождается уже въ поощреніе, не только одной части населенія на счетъ другой, но даже однихъ отдѣльныхъ лицъ на счетъ другихъ. Подобное явленіе и проходитъ дѣйствительно красной нитью черезъ всю практику перечисленныхъ законоположеній.

Кромѣ этого принципа, законодательные мотивы пытаются установить связь этихъ Положеній съ дѣйствовавшими ранѣе въ краѣ аналогичными узаконеніями и опредѣлить ихъ какъ необходимое развитіе и усовершенствованіе послѣднихъ. Однако, даже самаго поверхностнаго взгляда достаточно, чтобы увидать въ ихъ примѣрѣ всю разницу законодательныхъ пріемовъ двухъ эпохъ нашей государственной жизни и констатировать



ихъ полную противоположность тѣмъ узаконеніямъ, изъ которыхъ они яко бы преемственно выводились. И въ этомъ смыслѣ критикуемыя Положенія пріобрѣтаютъ для насъ также особый интересъ, какъ лишній разительный примѣръ для изученія той непостижимой логики, съ которой наше бюрократическое законодательное учрежденіе подходило къ созданію законовъ.

II.

До начала 80-хъ годовъ въ западномъ краѣ сверхъ мѣстныхъ для всего крестьянскаго населенія Положеній дѣйствовали для нѣкоторыхъ спеціальныхъ разрядовъ сельскихъ обывателей лишь—Высочайше утвержденныя 25 іюля 1864 года Правила объ устройствѣ вольныхъ людей, живущихъ на владѣльческихъ земляхъ, и Правила 22 мая 1876 года объ устройствѣ водворенныхъ на владѣльческихъ земляхъ единовѣрцевъ и старообрядцевъ. Затѣмъ, всѣ правоотношенія, возникавшія между сельскимъ населеніемъ и землевладѣльческимъ классомъ до 1840 года, въ чемъ они не предусматривались общими русскими законами, регулировались, по силѣ Указа 25 іюня 1840 года, по законамъ времени ихъ возникновенія.

Высочайше утвержденныя 25 іюля 1864 года Правила объ устройствѣ вольныхъ людей были естественнымъ дополнительнымъ актомъ къ Положенію 19 февраля 61 года, такъ какъ образовавшееся изъ Австрійскихъ, Прусскихъ и другихъ выходцевъ сословіе вольныхъ людей, будучи приписываемо къ помѣщичьимъ имѣніямъ на постоянное въ нихъ водвореніе, ничѣмъ кромѣ личной свободы не отличалось отъ крѣпостныхъ крестьянъ, а по освобожденіи послѣднихъ и по предоставленіи имъ земель въ собственность на выкупныхъ началахъ, оно очутилось въ несравненно худшихъ условіяхъ по необезпеченности своего дальнѣйшаго существованія. Въ силу этого, Правилами 25 іюля 1864 года вольные люди такъ называемаго 2-го разряда, т. е. причисленные къ этому сословію до 20 ноября 1857 года, во всѣхъ губерніяхъ западнаго края были уравнены въ личныхъ и политическихъ

правахъ съ общимъ крестьянскимъ населеніемъ, а въ своихъ поземельныхъ отношеніяхъ къ землевладѣльцамъ получили особую регламентацію. Въ основаніе этой регламентаціи были положены начала общегражданскихъ договорныхъ отношеній, но лишь при обязательствѣ для помѣщика заключенія съ бывшимъ вольнымъ человѣкомъ договора сдачи земли въ аренду на первый новый со времени обнародованія Правилъ двѣнадцатилѣтній срокъ. Кромѣ того бывшимъ вольнымъ людямъ было предоставлено, по добровольному между ними и помѣщиками соглашенію, выкупать бывшіе въ ихъ пользованіи участки съ содѣйствіемъ правительства на общихъ съ крестьянами основаніяхъ. По истеченіи двѣнадцатилѣтнихъ сроковъ аренды всякія обязательныя между помѣщиками и вольными людьми отношенія подлежали прекращенію, при соблюденіи лишь нѣкоторыхъ формальностей.

Такимъ образомъ, Правила 25 іюля 1864 года сохраняли лишь временно in statu quo ante бывшее до освободительной реформы положеніе вольныхъ людей и смягчало для нихъ переходъ къ новымъ условіямъ жизни при соблюденіи общихъ нормъ гражданскаго права.

Необходимо отмѣтить при этомъ одну въ высшей степени характерную для нашихъ кодификаціонныхъ и судебныхъ учрежденій подробность: Статьей 8-й Правилъ 25 іюля 1864 г. (изданныхъ, слѣдовательно, до общей судебной реформы) разрѣшеніе всѣхъ возникающихъ изъ поземельныхъ отношеній между землевладѣльцами и вольными людьми споровъ было отнесено къ вѣдѣнію Мировыхъ учрежденій, на тѣхъ самыхъ основаніяхъ, какія установлены для вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости крестьянъ. Отнесеніе это имѣло для того времени весьма благотворное значеніе, такъ какъ Мировыя учрежденія по крестьянскимъ дѣламъ стояли, по проникавшему ихъ правовому духу, неизмѣримо выше дореформенныхъ судовъ. При проведеніи же въ жизнь судебной реформы, объ измѣненіи подлежащихъ статей спеціальныхъ законовъ очевидно забыли, какъ забыли и о временномъ характерѣ учрежденія по Общему Положенію о крестьянахъ спеціальнаго крестьянскаго волостного суда. Въ силу этого

ст. 8 Правилъ 1864 года осталась и послѣ 20 ноября того же года безъ измѣненія, каковое обстоятельство и послужило для гражданскаго кассаціоннаго департамента сената поводомъ изъять въ цѣломъ рядѣ рѣшеній изъ подсудности судебныхъ установленій всѣ вообще споры между вотчинниками и бывшими вольными людьми. При этомъ гражданскій кассаціонный департаментъ, основываясь на буквѣ закона, совершенно упустилъ изъ вида, что съ изданіемъ Учрежденія Судебныхъ Установленій по закону 20 ноября 1864 года измѣнились и тѣ основанія для разрѣшенія споровъ между помѣщиками и бывшими крѣпостными крестьянами, о которыхъ говоритъ 8 статья Правилъ 25 іюля. Поэтому мы можемъ категорически утверждать, что эти послѣднія Правила, въ ихъ чистомъ видѣ, отнюдь не предполагали придать всѣмъ правоотношеніямъ между вотчинниками и бывшими вольными людьми внѣсудебный характеръ на вѣчныя времена.

Что касается, затѣмъ, Правилъ 22 мая 1876 года—объ устройствѣ единовѣрцевъ и старообрядцевъ, то таковыя были вызваны чисто временными политическими причинами и имѣли цѣлью парализовать временное же проявленіе со стороны польскихъ помѣщиковъ вражды къ единовѣрцамъ и старообрядцамъ за оказаніе ими поддержки русскому правительству при подавленіи польскаго мятежа 1863 г. Но и въ этомъ случаѣ спеціальный законъ эпохи царствованія Александра II-го лишь закрѣплялъ существовавшій раньше порядокъ, преслѣдуя исключительно цѣли охраны земледѣльцевъ отъ произвола землевладѣльцевъ. Въ силу этого, договорныя отношенія по найму земель, существовавшія уже между помѣщиками западнаго края и арендаторами—старообрядцами, фиксировались закономъ 1876 года безсрочно, но помѣщику предоставлялось или войти съ арендаторомъ въ добровольное соглашеніе о выкупѣ арендуемаго участка, или требовать его перехода на выкупъ, каковой въ обоихъ случаяхъ и совершался съ содѣйствіемъ правительства; если же арендаторъ—старообрядецъ отказывался отъ перехода на выкупъ, то обязывался очистить занимаемый участокъ въ полное распоряженіе владѣльца. Затѣмъ, вѣдѣнію спеціальныхъ кре-

стьянскихъ учрежденій подлежали лишь разборъ споровъ и недоразумѣній по приведенію этихъ правилъ въ дѣйствіе и производство дѣлъ по выкупу арендуемыхъ участковъ. Такимъ образомъ общегражданскія правоотношенія между вотчинниками и арендаторами—старообрядцами подлежали все таки, по смыслу закона, вѣдѣнію судебныхъ установленій.

III.

Начиная съ эпохи царствованія Императора Александра III, возвѣстившаго во дни коронаціи волостнымъ старшинамъ, что всякая собственность должна быть неприкосновенна,—не далѣе какъ съ 1882 года начинается рядъ систематическихъ вмѣшательствъ государственнаго законодательства въ область гражданскихъ правоотношеній между землевладѣльцами Западнаго края и его сельскимъ населеніемъ, съ замѣтной тенденціей ограниченія права собственности первыхъ въ пользу поземельнаго устройства послѣдняго. Тенденція эта не заключала въ себѣ, однако, ничего либеральнаго, какъ это могло бы показаться на первый взглядъ, и проистекала изъ совершенно чуждыхъ какъ началамъ права, такъ и началамъ свободы, соображеній.

Первый опытъ, нравда, въ видѣ Высочайше утвержденныхъ 3 іюня 1882 года, правилъ о поземельномъ устройствѣ бывшихъ больныхъ людей въ губерніяхъ Ковенской, Виленской и Гродненской, не даетъ особаго матеріала для опредѣленія характера этихъ соображеній по самой редакціи закона и законодательнымъ къ нему мотивамъ. Ихъ истинная цѣль, прикрытая въ законодательномъ актѣ флагомъ стремленія къ прекращенію вытекающихъ изъ неопредѣленныхъ поземельныхъ отношеній неурядицъ, вырисовывается ясно лишь изъ послѣдующей практики въ примѣненіи закона. Эта то практика, по необыкновенно распространительному толкованію Правительствующимъ Сенатомъ примѣненія закона въ отношеніи польскаго землевладѣнія, и не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что истинной цѣлью самого закона было ослабленіе именно этого землевладѣнія.

Но за то исторія законовъ о вольныхъ людяхъ, начиная съ 1882 года особенно интересна въ другомъ отношеніи. Она также служитъ лишнимъ показателемъ отсутствія въ законодательныхъ сферахъ послѣдней эпохи не только единства плана въ проведеніи касающихся одной и той же отрасли законовъ, но и отсутствія единства основаній въ законодательной дѣятельности.

Какъ я указалъ выше, правила 25 іюля 1864 года относились къ вольнымъ людямъ 2-го разряда во всемъ Западномъ краѣ. Послѣдовательное измѣненіе этого закона—въ 1882 году для Ковенской, Виленской и Гродненской губерній, въ 1888 г. для Кіевской, Подольской и Волынской, въ 1892 году для владѣльческихъ мѣстечекъ этихъ губерній и, наконецъ, въ 1903 году для Минской губерніи,—показываетъ, что во всѣхъ этихъ мѣстностяхъ результатъ правилъ 1864 года былъ, по мнѣнію законодателя одинъ и тотъ же. Но законодательная машина работала для разныхъ мѣстностей края порознь, въ зависимости отъ большей или меньшей иниціативы начальниковъ этихъ мѣстностей. Необходимымъ послѣдствіемъ этого порядка являлось внесеніе каждый разъ въ предшествующій законъ надлежащихъ „измѣненій и дополненій“ въ соотвѣтствіи съ издаваемымъ для другихъ мѣстностей новымъ закономъ; а при созданіи закона 17 марта 1903 года—о вольнымъ людяхъ Минской губерніи—законодательное учрежденіе уже очевидно совсѣмъ не считалось ни съ предшествующими положеніями, ни съ основными правилами 25 іюля 1864 года.

Такъ, положенія 1882, 1888 и 1892 годовъ, въ отношеніи условій надѣленія бывшихъ вольныхъ людей состоящими въ ихъ пользованіи участками, все-таки исходили изъ существовавшихъ ранѣе договорныхъ отношеній и ставили, во 1-хъ, опредѣленіе самой принадлежности къ сословію вольныхъ людей въ связь съ долженствовавшими своевременно послѣдовать со стороны крестьянскихъ учрежденій надлежащими дѣйствіями въ порядкѣ правилъ 1864 года, а во 2-хъ, давали землевладѣльцу право немедленно выселить съ своей земли бывшаго вольнаго человѣка, который въ указанный

срокъ не пожелаетъ ни заключить новый контрактъ, ни перейти на выкупъ. Положеніе же 17 марта 1903 года—о поземельномъ устройствѣ бывшихъ вольныхъ людей въ Минской губерніи—совершенно не упоминаетъ ни о необходимой наличности какихъ либо предшествующихъ по правиламъ 1864 года отношеній между сторонами, ни о правѣ землевладѣльца немедленно выселить такого бывшаго вольнаго человѣка, который не воспользуется предоставляемыми ему этимъ положеніемъ правами.

Послѣдствіемъ всѣхъ этихъ, быть можетъ, умышленныхъ несовершенствъ положеній о вольныхъ людяхъ 2-го разряда съ 1882 по 1903 годъ было то, что практика Правительствующаго Сената уже окончательно расширила рамки намѣчаемаго закономъ выкупа состоящихъ въ мелкой арендѣ частновладѣльческихъ земель.

Цѣлымъ рядомъ указовъ (отъ 13 марта 1903 г. № 1887, отъ 19 марта того же года № 1509) Правительствующій Сенатъ, во 1-хъ, распространилъ дѣйствія законовъ о вольныхъ людяхъ не только на наслѣдниковъ тѣхъ вольныхъ людей, которые умерли до изданія новыхъ законовъ, но и на цѣлую массу лицъ, никогда къ этому сословію не принадлежавшихъ, во 2-хъ, подчинилъ обязательному выкупу всѣ участки, состоявшіе въ арендѣ у бывшихъ вольныхъ людей не въ моментъ упраздненія сословія, а въ моментъ изданія новаго закона, и, въ 3-хъ, изъялъ изъ вѣдѣнія судебныхъ установленій фактически всякіе споры о правѣ гражданскомъ не только между вотчинниками и признанными бывшими вольными людьми, но и во всѣхъ случаяхъ, когда кто нибудь называлъ себя вольнымъ человѣкомъ. Особеннаго выраженія въ этомъ духѣ достигла практика сената по примѣненію закона 17 марта 1903 года въ Минской губерніи, такъ какъ этотъ законъ, какъ мною выше указано, по самой своей редакціи даетъ много поводовъ къ распространительному толкованію. Подъ вліяніемъ этой практики законъ 17 марта 1903 года фактически обратился во второе надѣленіе землей, такъ какъ подъ дѣйствіе его были подведены сенатомъ всѣ издавна арендовавшіе у помѣщиковъ землю лица, которыя не были крѣпостными въ 1857 году!..

IV.

Такъ какъ положенія о поземельномъ устройствѣ бывшихъ вольныхъ людей 2-го разряда въ Западномъ краѣ, какъ первый опытъ аграрной политики эпохи 80-хъ годовъ, выводились законодателемъ какъ бы преемственно изъ прежнихъ правилъ, необходимо остановиться на болѣе подробномъ сопоставленіи содержанія этихъ законодательныхъ актовъ.

По точному смыслу 9 ст. правилъ 25 іюля 1864 года, поземельныя отношенія бывшихъ вольныхъ людей къ землевладѣльцамъ опредѣлялись засвидѣтельствованными у мирового посредника и заключенными на основаніи общихъ законовъ и по добровольному соглашенію договорами о наймѣ земель. Дѣйствовавшіе въ моментъ изданія закона договоры оставлялись, согласно 11 ст. правилъ, въ силѣ до окончанія сроковъ, на которые они были заключены, но если срока положено не было или онъ уже миновалъ, то условія договора подлежали продолженію еще на одинъ годъ со времени обнародованія правилъ, а затѣмъ должны были быть заключены новыя условія на срокъ не менѣе 12 лѣтъ. По окончаніи этихъ послѣднихъ сроковъ обязательность для помѣщика заключенія новаго контракта отпадала и, на основаніи 17 и 18 ст.ст. правилъ, ему предоставлялось право потребовать выселенія съемщика съ занимаемаго участка. Наконецъ, 20-й ст. правилъ устанавливалось категорически, что если бывшіе вольные люди по обнародованіи сихъ правилъ, поселятся вновь на земляхъ частныхъ владѣльцевъ, или пожелаютъ нанять у нихъ новые участки земли, то заключаемые ими съ землевладѣльцами договоры зависятъ вполнѣ отъ добровольныхъ соглашеній.

Правила эти, какъ я уже сказалъ выше, относились ко всѣмъ губерніямъ Западнаго края безъ изъятія. Такимъ образомъ, всѣ послѣдующія правоотношенія бывшихъ вольныхъ людей 2-го разряда, какъ таковыхъ, и землевладѣльцевъ должны были опредѣляться по факту засвидѣтельствованія мировымъ посредникомъ, по введеніи въ дѣйствіе правилъ 25 іюля 1864 года, существовавшихъ между ними условій

и специальная законодательная регламентація не могла имѣть силы по истеченіи новыхъ 12-лѣтнихъ контрактовъ. Очевидно, что какъ самое право воспользоваться положеніемъ вольнаго человѣка, такъ и продолженіе этого права въ отношеніи занимаемаго участка могли, затѣмъ, обосновываться исключительно на фактѣ засвидѣтельствованія мировымъ посредникомъ существовавшихъ въ 1864 году и возникшихъ до 1857 года договоровъ; всѣ же возникавшія послѣ того новыя, внѣ предѣловъ прежнихъ, правоотношенія между собственникомъ и бывшимъ вольнымъ человѣкомъ не подлежали дѣйствію специальныхъ правилъ, какъ это и гласитъ опредѣленно ст. 20 таковыхъ.

Первоначальный законъ 3 іюня 1882 года, относящійся къ губерніямъ Ковенской, Виленской и Гродненской, хотя и вводилъ новый принципъ обязательности выкупа занимаемыхъ бывшими вольными людьми участковъ, въ случаѣ ихъ на то желанія, что совершенно противорѣчило правиламъ 25 іюля 1864 г.,—тѣмъ не менѣе пытался все-таки оставаться именно на указанной мною почвѣ; вслѣдствіе чего ст. 1 этого закона предусматривала только тѣхъ вольныхъ людей, которые проживали на владѣльческихъ земляхъ на основаніи заключенныхъ по правиламъ 25 іюля 1864 года обязательныхъ контрактовъ, или замѣняющихъ ихъ постановленій мировыхъ посредниковъ. Въ этомъ смыслѣ высказывался и Сенатъ по доходящимъ до него частнымъ случаямъ. Послѣдующія, однако, дополненія закона и распространенія его на другія губерніи, съ крупными измѣненіями, совершенно извратили первоначальную редакцію, значительно расширивъ кругъ лицъ, которымъ предоставлялись права выкупа, и въ изданіи 1902 года статья 765 кн. IV особ. прил. къ IX т. св. зак. уже гласитъ такъ: „Бывшимъ вольнымъ людямъ второго разряда (т. е. состоявшимъ въ этомъ сословіи или причисленнымъ къ оному прежде 20 ноября 1857 года), проживавшимъ на владѣльческихъ земляхъ: въ губерніяхъ Ковенской, Виленской и Гродненской къ 3 іюля 1882 г., а въ губерніяхъ Кіевской, Подольской и Волынской къ 21 марта 1888 г., на основаніи заключенныхъ, по правиламъ 25 іюня 1864 года, обя-

зательныхъ двѣнадцатилѣтнихъ контрактовъ или замѣнявшихъ оные постановленій мировыхъ посредниковъ (хотя бы сроки тѣхъ и другихъ актовъ уже истекли), а также поселившимся во владѣльческихъ имѣніяхъ до 25 іюля 1864 года и съ тѣхъ поръ непрерывно, до указанныхъ выше сроковъ (3 іюня 1882 г. и 21 марта 1888 г.) проживавшимъ тамъ на однихъ и тѣхъ же участкахъ, безъ упомянутыхъ контрактовъ и постановленій, равно какъ заключившимъ, по окончаніи сроковъ означенныхъ актовъ, новыя добровольныя сдѣлки съ землевладѣльцами о наймѣ участковъ—предоставлено право выкупа занимаемыхъ ими участковъ на основаніи нижеслѣдующихъ правилъ".

Такимъ образомъ, въ сферу закона о поземельномъ устройствѣ вводится, во 1-хъ, цѣлая категорія бывшихъ вольныхъ людей, принадлежность которыхъ къ этому сословію своевременно не опредѣлялась; во 2-хъ, совершенно игнорируется категорическое указаніе прежняго закона о прекращеніи обязательныхъ отношеній послѣ новыхъ двѣнадцатилѣтнихъ контрактовъ и, наконецъ, законъ вмѣшивается въ область свободно заключенныхъ добровольныхъ сдѣлокъ объ арендѣ, превращая ихъ въ обязательную для помѣщика выкупную операцію [1])!

Однако, законъ предусматриваетъ только бывшихъ вольныхъ людей, между тѣмъ Правительствующій Сенатъ въ своей практикѣ расширяетъ и это понятіе. Такъ по рѣш. 2 деп. въ 1903 году признано, что подъ дѣйствіе закона о бывшихъ вольныхъ людяхъ должны быть подводимы и однодворцы и лица бывшей польской шляхты и вообще всѣ тѣ, кто въ 1857 году не принадлежалъ къ крѣпостному состоянію. Вмѣстѣ съ тѣмъ Правительствующій Сенатъ придалъ закону 1882 года и обратную силу, разъяснивъ, въ рѣшеніи отъ 5 апрѣля 1888 года, что выселенные съ участковъ до 1882

[1]) Считаю необходимымъ тутъ же отмѣтить, что всѣ положенія о вольныхъ людяхъ 2-го разряда сохраняютъ все-таки отъ уничтоженія мелкія помѣстья и, на основаніи ст. 780 (бнв. 15), не распространяются на имѣнія, въ которыхъ за выдѣломъ участковъ вольнымъ людямъ у владѣльца оставалось бы менѣе ста десятинъ удобной земли.



года имѣютъ, тѣмъ не менѣе, право домогаться предоставленія имъ этихъ участковъ на выкупъ.

Наконецъ, въ 1903 году 17 марта былъ изданъ законъ спеціально для бывшихъ вольныхъ людей Минской губерніи, при чемъ въ этомъ законѣ уже нѣтъ никакихъ указаній на его связь съ предшествующими положеніями. Пункты 1 и 2 этого закона гласятъ:

„1. Правилами сего положенія опредѣляется поземельное устройство лицъ, которыя сами или въ лицѣ своихъ предковъ состояли въ упраздненномъ сословіи вольныхъ людей или были причислены къ нему въ Минской губерніи прежде 20 ноября 1857 года. Лица сіи именуются бывшими вольными людьми второго разряда.

2. Бывшимъ вольнымъ людямъ второго разряда, поселившимся во владѣльческихъ имѣніяхъ Минской губерніи до 25 іюля 1864 года, предоставляется право выкупить съ содѣйствіемъ правительства состоящіе въ ихъ владѣніи участки, если участки сіи, на основаніи словесныхъ или письменныхъ арендныхъ договоровъ, находятся въ ихъ пользованіи непрерывно со времени предшествующаго 25 іюля 1864 года, или хотя и поступили въ арендное содержаніе въ позднѣйшее время, но взамѣнъ земель, бывшихъ въ ихъ пользованіи до указаннаго срока“.

Казалось бы, впрочемъ, что упоминаніе въ этихъ пунктахъ объ упраздненномъ сословіи вольныхъ людей должно было ставить ихъ примѣненію извѣстныя рамки; однако Министерство Внутреннихъ Дѣлъ сразу же циркулярно предписало не придавать этому никакого значенія и руководствоваться вышеприведеннымъ разъясненіемъ Правительствующаго Сената. Кромѣ того самое происхожденіе этого новаго закона весьма характерно. Съ изданіемъ спеціальныхъ законоположеній для всѣхъ губерній Западнаго края кромѣ Минской, крестьянскія учрежденія послѣдней были поставлены въ затрудненіе—какъ поступать съ представителями бывшихъ вольныхъ людей, въ значительномъ числѣ проживающими въ Минской губерніи, но приписанными къ сословію въ губерніи Волынской? Собственно же приписанныхъ къ сословію быв-

шихъ вольныхъ людей въ Минской губерніи было очень ограниченное количество. Въ этомъ смыслѣ былъ возбужденъ вопросъ въ министерствѣ, результатомъ котораго и явился законъ о поземельномъ устройствѣ бывшихъ вольныхъ людей, приписанныхъ въ Минской губерніи. Такимъ образомъ, въ сущности, вопросъ не разрѣшался, но министерство не потерялось нисколько и циркулярно исправило законъ, распространивъ его примѣненіе. Въ такомъ видѣ законъ и дѣйствуетъ въ настоящее время!

Мнѣ кажется, что всего изложеннаго совершенно достаточно, чтобы судить, насколько законоположенія о бывшихъ вольныхъ людяхъ и ихъ примѣненіе по административнымъ указаніямъ соотвѣтствуютъ началамъ права и законности вообще. Но еще болѣе характернымъ является законъ 9 іюня 1886 года о сельскихъ чиншевикахъ, къ разсмотрѣнію котораго я и перехожу.

V.

Происхожденіе чиншевого права въ западномъ краѣ, какъ извѣстно, вызвано было необходимостью въ заселеніи обширныхъ лятифундій, которыя не могли быть обрабатываемы собственными средствами вотчинника. Въ качествѣ въ высшей степени удобной формы извлеченія доходовъ и усиленія политическаго могущества вотчинника, чиншевое право, занесенное сперва въ Польшу, а потомъ и въ западный край изъ Германіи, вполнѣ упрочилось въ этихъ мѣстностяхъ и настолько проникло въ правосознаніе населенія, что даже послѣ Высочайшаго указа 25 іюня 1840 года—о распространеніи на западныя губерніи дѣйствія общихъ россійскихъ законовъ и, слѣдовательно, о прекращеніи несвойственнаго таковымъ чиншевого права,—сдѣлки на основаніи послѣдняго продолжали возникать, ставя судебныя учрежденія въ затруднительное положеніе при разрѣшеніи основанныхъ на немъ правоотношеній.

Подъ чиншевымъ правомъ разумѣется видъ владѣнія, отдѣльнаго отъ права собственности, потомственнаго и без-

срочнаго, дающаго чиншевику право пользованія и распоряженія земельнымъ участкомъ безъ согласія собственника или съ его согласія и налагающаго на чиншевика лишь обязанность уплаты разъ на всегда опредѣленнаго и неизмѣннаго оброка или исполненія натуральныхъ повинностей, измѣненіе состава и размѣра которыхъ не можетъ быть сдѣлано по произволу собственника (667 ст. пол. о сельск. состояніи, осн. прил. къ IX т. св. зак. и разъясн. Сената къ ст. 514 т. X ч. 1). Очевидно, что по минованіи тѣхъ причинъ, которыя вызывали заселеніе лятифундій на чиншевомъ правѣ, особенно послѣ освобожденія крестьянъ и вздорожанія земельной собственности, чиншевыя отношенія стали тяготить вотчинниковъ, стремившихся къ повышенію доходности отъ своихъ имѣній, вслѣдствіе чего между ними и чиншевиками постоянно происходили споры, оканчивавшіеся зачастую выселеніемъ чиншевиковъ съ занимаемыхъ ими участковъ.

Конечно, подобное положеніе не могло быть терпимо, и передъ русскимъ законодательствомъ возникла альтернатива: или ввести чиншевое право въ русло гражданскаго обихода, или покончить съ нимъ разъ на всегда. Долгое время Правительствующій Сенатъ пытался придерживаться перваго направленія путемъ интерпретаціи, но бережное отношеніе къ воспринятымъ народнымъ правосознаніемъ институтамъ гражданскаго права вообще не составляетъ отличительнаго свойства нашего законодательства и, наконецъ, закономъ 9 іюня 1886 года съ чиншевыми отношеніями въ сельскихъ мѣстностяхъ было покончено и таковыя обращены въ выкупную операцію. При этомъ, однако, законодательство отнюдь не думало бороться съ чиншевымъ правомъ, какъ съ чуждымъ русскому духу институтомъ гражданскаго права. Цѣль его была совершенно иная и самая иниціатива въ прекращеніи чиншевыхъ отношеній исходила не отъ министерства юстиціи, а отъ министерства внутреннихъ дѣлъ, по соображеніямъ, опять таки ничего общаго съ задачами права не имѣющимъ. Вслѣдствіе этого и разрѣшеніе вопроса о дальнѣйшемъ существованіи чиншевого права остановился въ сущности на полдорогѣ.

По мнѣнію министерства внутреннихъ дѣлъ, внесенному на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта, вопросъ этотъ требовалъ двоякаго рѣшенія сообразно двоякому характеру владѣнія: „чиншевиковъ, занимающихся земледѣліемъ, и чиншевиковъ, пользующихся на чиншевомъ правѣ однѣми усадьбами въ мѣстечкахъ. Устройство первыхъ, собственно сельскихъ чиншевиковъ, владѣющихъ чиншевыми участками внѣ городовъ и мѣстечекъ, должно быть согласовано съ устройствомъ остальной части земледѣльческаго населенія, и они должны занятыя ими земли получить на выкупъ съ содѣйствіемъ правительства“. При этомъ министерство внутреннихъ дѣлъ съ откровенностью, достойной лучшаго примѣненія, заявляло, что „такое рѣшеніе отвѣчало бы и условіямъ настоящаго дѣла, и желаніямъ обѣихъ заинтересованныхъ сторонъ, и согласовалось бы съ общимъ направленіемъ, котораго правительство держалось въ западныхъ губерніяхъ,— стремленіемъ положить конецъ зависимости преданнаго намъ сельскаго населенія и, обезпечивъ его устройство, создать изъ него самостоятельный классъ людей, не поддающійся враждебнымъ намъ вліяніямъ“. Высказываясь же противъ выкупной операціи для чиншевиковъ, владѣющихъ однѣми усадьбами и, главнымъ образомъ, противъ предоставленія правъ на выкупъ лицамъ привилегированныхъ сословій (т. е. бывшей польской шляхтѣ) и евреямъ, министерство присовокупляло: „такой выкупъ, при преобладающемъ въ мѣстечкахъ еврейскомъ и римско-католическомъ населеніи, содѣйствовалъ бы упроченію въ западныхъ губерніяхъ владѣнія именно тѣхъ элементовъ, которые по правиламъ, дѣйствующимъ въ этихъ губерніяхъ, лишены даже права вновь пріобрѣтать въ нихъ поземельную собственность“.

Государственный Совѣтъ, однако, не согласился съ этими доводами мин. внутр. дѣлъ, касающимися исключеній изъ закона по вѣроисповѣднымъ и сословнымъ особенностямъ, и въ ст. 1 закона 9 іюня 1886 г. дѣйствіе его распространено на всѣхъ русскихъ подданныхъ всѣхъ сословій и вѣроисповѣданій. Но было бы величайшей ошибкой предполагать, что подобное мнѣніе государственнаго совѣта исходило изъ на-

чалъ общей справедливости и права. Соображенія его по этому поводу изложены въ слѣдующемъ видѣ: „Приведенныя правила выработаны въ соотвѣтствіе изданнымъ правительствомъ распоряженіямъ о воспрещеніи евреямъ и лицамъ польскаго происхожденія пріобрѣтать имѣнія въ западномъ краѣ. Однако примѣненіе сихъ распоряженій въ данномъ случаѣ едва ли отвѣчало бы тѣмъ видамъ, которые преслѣдовались при ихъ изданіи. Ближайшей цѣлью этой мѣры было ослабленіе польскаго и еврейскаго землевладѣнія въ краѣ, которое достигалось тѣмъ, что, въ случаяхъ необходимости для еврея или поляка продать имѣніе, оно не могло перейти въ руки лицъ, принадлежащихъ къ тѣмъ же народностямъ. Въ такое положеніе станутъ чиншевики-евреи и поляки тогда только, когда чиншевые участки перейдутъ къ нимъ въ собственность. Если же участки эти останутся въ ихъ владѣніи на чиншевомъ правѣ, то упомянутыя лица, не будучи лишены права передавать свое владѣніе другимъ, естественно, всего охотнѣе и чаще будутъ уступать чиншевыя угодія своимъ соплеменникамъ. Такимъ образомъ, угодья эти едва ли и въ будущемъ перейдутъ въ дѣйствительное владѣніе лицъ русскаго происхожденія“.

На такихъ то основаніяхъ закономъ 9 іюня 1886 года произведена была реформа, упразднившая чиншевое право, какъ гражданскій институтъ, для сельскихъ обывателей и сохранившая его для обывателей городского состоянія. Неминуемымъ послѣдствіемъ подобнаго разрѣшенія вопроса гражданскаго права на политической почвѣ было изъятіе изъ вѣдѣнія судебныхъ установленій всѣхъ споровъ между сельскими чиншевиками и вотчинниками и передача таковыхъ въ вѣдѣніе спеціальныхъ чиншевыхъ и крестьянскихъ учрежденій. Кромѣ того всѣ какъ уже начатыя въ судебномъ порядкѣ дѣла этой категоріи, такъ и неприведенныя еще въ исполненіе судебныя рѣшенія были признаны ничтожными и обращены вновь къ административному разсмотрѣнію, кромѣ дѣлъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія.

VI.

Сущность самаго положенія 9 іюня 1886 года заключается въ слѣдующемъ:

Дѣйствіе положенія простирается на вѣчныхъ чиншевиковъ всякаго сословія и вѣроисповѣданія, состоящихъ въ русскомъ подданствѣ и притомъ владѣющихъ, внѣ городовъ и мѣстечекъ, земельными участками на правѣ потомственнаго, безсрочнаго пользованія и распоряженія, съ обязанностью отбывать за это въ пользу вотчинника опредѣленныя денежныя или натуральныя повинности, размѣръ которыхъ не подлежитъ измѣненію по произволу вотчинника (ст. 1). По способу доказательства вѣчно - чиншевого владѣнія, послѣднее раздѣляется закономъ на владѣніе, начавшееся въ западныхъ губерніяхъ ранѣе 21 августа 1840 года, а въ губерніяхъ Бѣлорусскихъ—ранѣе 9 января 1831 года, и владѣніе, начавшееся въ этихъ мѣстностяхъ послѣ означенныхъ сроковъ (ст.ст. 2 и 3). Затѣмъ, лица, хотя и выселенныя вотчинниками, но предъявившія, въ установленномъ порядкѣ, иски о возвращеніи имъ отобранныхъ участковъ, если при томъ не состоялось вошедшаго въ законную силу рѣшенія объ отказѣ въ такомъ требованіи, и лица, лишенныя владѣемыхъ ими участковъ въ теченіе послѣднихъ шести мѣсяцевъ до изданія положенія, если они будутъ затѣмъ возстановлены во владѣніи рѣшеніями судебныхъ мѣстъ,—не лишаются права воспользоваться поземельнымъ устройствомъ по правиламъ положенія, буде докажутъ принадлежность имъ земель на правахъ вѣчно чиншевого владѣнія (ст. 6). Лица, безсрочно владѣющія въ губерніяхъ западныхъ и бѣлорусскихъ земельными участками внѣ городовъ и мѣстечекъ, въ имѣніяхъ частныхъ, казенныхъ или принадлежащихъ разнымъ установленіямъ, если получатъ отказъ въ признаніи за ними вѣчно-чиншевыхъ правъ на эти участки со стороны учрежденій, приводящихъ въ дѣйствіе положеніе о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ, сохраняютъ за собою владѣніе означенными угодіями на прежнихъ основаніяхъ въ продолженіе пяти лѣтъ, со дня вступленія въ за-

конную силу постановленій объ отказѣ въ предъявленныхъ требованіяхъ (прим. къ ст. 6). Въ теченіе трехъ лѣтъ со дня обнародованія положенія вотчинникамъ и сельскимъ вѣчнымъ чиншевикамъ предоставлялось входить между собою въ добровольныя соглашенія о прекращеніи вѣчно-чиншевого владѣнія посредствомъ выкупа вотчинникомъ чиншевого права, или пріобрѣтеніемъ чиншевикомъ въ собственность чиншевого участка, или же замѣною чиншевого владѣнія арендою (ст. 10). По истеченіи трехъ лѣтъ со дня обнародованія положенія вѣчные чиншевики пріобрѣтаютъ въ собственность признанныя за ними чиншевыя земли посредствомъ обязательнаго, при содѣйствіи правительства, выкупа всѣхъ лежащихъ на означенныхъ земляхъ повинностей (ст. 13). Исправный взносъ чиншевиками выкупныхъ платежей обезпечивается мѣрами, указанными въ статьяхъ 126, 131—138 и 170 полож. о выкупѣ (ст. 23). При продажѣ чиншевого участка съ публичнаго торга за недоимки по выкупнымъ платежамъ, онъ можетъ быть покупаемъ односельчанами недоимщика, хотя бы они принадлежали къ разряду лицъ, не имѣющихъ права пріобрѣтать земельную собственность въ западномъ краѣ (24 ст.). По продолженію 1893 года смыслъ этой (24) статьи былъ ограниченъ въ томъ смыслѣ, что къ торгамъ на продажу чиншевого участка, безъ перевода долга по выкупной ссудѣ, допускаются изъ лицъ, неимѣющихъ права на пріобрѣтеніе земельной собственности въ западномъ краѣ, только тѣ, которыя сами принадлежатъ къ разряду сельскихъ чиншевиковъ и проживаютъ въ одномъ селеніи съ владѣльцемъ участка, назначеннаго въ продажу. О характерныхъ соображеніяхъ по этому поводу министровъ внутреннихъ дѣлъ и юстиціи, а также государственнаго совѣта я упомяну ниже.

Въ силу 27 ст. положенія, сельскіе чиншевики, принадлежащіе къ мѣщанскому сословію, одновременно съ утвержденіемъ выкупнаго акта, перечисляются въ сельскіе обыватели и приписываются къ волостямъ, въ предѣлахъ коихъ проживаютъ, безъ согласія на то крестьянскихъ обществъ.

Каждый вотчинникъ, въ имѣніи котораго владѣли земель-

ными угодіями сельскіе вѣчные чиншевики, обязанъ былъ въ теченіе одного года со дня обнародованія положенія представить въ мѣстное уѣздное по чиншевымъ дѣламъ присутствіе именные списки таковыхъ и планы вѣчно-чиншевыхъ земель, если они имѣлись. Письменный перечень вѣчныхъ чиншевиковъ, показанный въ представленномъ вотчинникомъ спискѣ, отсылался въ мѣстное по нахожденію имѣнія волостное правленіе, гдѣ выставлялся на видномъ мѣстѣ и, сверхъ того, прочитывался въ слухъ вызваннымъ изъ имѣнія чиншевикамъ. Невключенныя въ списокъ лица, признававшія себя вѣчными чиншевиками, имѣли право подать заявленіе о правахъ своихъ и представить подтверждающія ихъ доказательства въ уѣздное по чиншевымъ дѣламъ присутствіе не позднѣе шести мѣсяцевъ послѣ окончанія повѣрки означеннаго списка по имѣнію, въ которомъ состоятъ земельные участки заявителей. По прошествіи этого срока никакія заявленія не должны были приниматься (ст.ст. 38 и 39). Повѣрка указанныхъ списковъ и заявленій должна была производиться мировымъ посредникомъ или непремѣннымъ членомъ уѣзднаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія, по порученію уѣзднаго чиншевого присутствія, а если последнему дѣлалось извѣстнымъ посредствомъ заявленія лицъ, считающихъ себя вѣчными чиншевиками, *или инымъ способомъ*, что въ имѣніи, собственникъ котораго не представилъ въ годичный срокъ требуемаго статьею 38 положенія списка, существуютъ вѣчно-чиншевые участки, то означенный списокъ составлялся по порученію присутствія на мѣстѣ мировымъ посредникомъ или непремѣннымъ членомъ и употребленныя на составленіе списка издержки подлежали взысканію съ вотчинника, если было установлено, что въ имѣніи дѣйствительно состояли вѣчно-чиншевые участки (ст.ст. 40 и 44).

Такимъ образомъ, какъ мы видимъ, не смотря на всѣ юридическіе дефекты, въ самомъ законѣ не было первоначально никакихъ ни сословныхъ, ни вѣроисповѣдныхъ ограниченій. Подобная либеральность формальнаго текста закона неминуемо должна была обратить на себя вниманіе прави-

тельства и вызвать соотвѣтственныя представленія въ государственный совѣтъ со стороны правительственныхъ органовъ. Таковымъ ближайше и явилось представленіе министра внутреннихъ дѣлъ—о несоотвѣтствіи 24 ст. положенія дѣйствительнымъ видамъ правительства,—о которомъ я упомянулъ выше и которое вызвало измѣненіе статьи, по продолженію 1893 года.

„При примѣненіи на практикѣ правила этой статьи, гласитъ журналъ соед. департ. и общ. собр. госуд. сов., возникъ вопросъ: какихъ именно лицъ слѣдовало бы подводить подъ понятіе односельчанъ недоимщиковъ? Такъ какъ при распространительномъ толкованіи этого понятія значительное число чиншевыхъ участковъ могло бы перейти къ лицамъ еврейскаго и польскаго происхожденія, то министръ В. Д. призналъ необходимымъ, съ точностью оговорить въ законѣ, что право покупать означенные участки присваивается только такимъ полякамъ и евреямъ, которые сами отнесены къ разряду чиншевиковъ и участки которыхъ входятъ въ составъ одного и того же, съ участкомъ недоимщика, имѣнія“.

По сообщеніи приведенныхъ предположеній на заключеніе министровъ финансовъ и юстиціи, первый не встрѣтилъ препятствій къ ихъ осуществленію, а второй пошелъ еще дальше министра внутреннихъ дѣлъ. Онъ нашелъ, „что право на пріобрѣтеніе недоимочныхъ чиншевыхъ участковъ было бы правильнѣе предоставить тѣмъ лишь чиншевикамъ польскаго и еврейскаго происхожденія, которые живутъ въ одномъ поселеніи съ владѣльцемъ продаваемаго участка или входятъ въ составъ одного съ нимъ сельскаго общества. На ряду съ этимъ, *Министръ Юстиціи замѣтилъ, что, по его мнѣнію, наиболѣе желательнымъ способомъ разрѣшенія возбужденнаго Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ вопроса явилась бы совершенная отмѣна ст. 24 положенія о поземельномъ устройствѣ чиншевиковъ и недопущеніе на будущее время лицъ, указанныхъ выше національностей, къ пріобрѣтенію чиншевыхъ участковъ, продаваемыхъ съ публичнаго торга*“. Передъ столь рѣшительнымъ мнѣніемъ Министра Юстиціи, идущимъ въ раз-

рѣзъ съ первой статьей самаго закона, остановился даже государственный совѣтъ. Признавъ, что правило обсуждаемой ст. 24-й дѣйствительно не отвѣчаетъ той правительственной цѣли, которая имѣлась въ виду при созданіи закона, т. е. не содѣйствуетъ укрѣпленію русскаго землевладѣнія въ краѣ и, кромѣ того, не вполнѣ согласуется и съ другими правительственными мѣропріятіями, направленными къ ослабленію въ таковомъ польскаго и еврейскаго землевладѣнія, государственный совѣтъ тѣмъ не менѣе затруднился приступить къ разрѣшенію предложенія объ отмѣнѣ означенной статьи. По его мнѣнію, „вопросъ этотъ, во всякомъ случаѣ, требовалъ бы ближайшей разработки со стороны министра внутреннихъ дѣлъ, *тѣмъ болѣе, что по признанію самого министра, въ распоряженіи его не имѣется никакихъ данныхъ, которыя позволяли бы съ надлежащей достовѣрностью утверждать, что вслѣдствіе предоставленія евреямъ и полякамъ права пріобрѣтать, при извѣстныхъ условіяхъ, недоимочные чиншевые участки, еврейское и польское землевладѣніе въ краѣ настолько увеличилось бы на счетъ русскаго землевладѣнія, что нынѣ представлялось бы уже необходимымъ лишить сихъ лицъ означеннаго права*". Только поэтому 24 ст. была не отмѣнена совершенно, а лишь измѣнена, по продолженію 1893 года, въ духѣ указаннаго мною выше ограниченія.

VII.

Крайне интересна и возникшая по примѣненію Положенія 9 іюня 1886 года практика Правительствующаго Сената. Очевидно, что, исходя изъ соображеній не общихъ юридическихъ началъ, а тѣхъ или иныхъ политическихъ видовъ правительства въ данный моментъ, практика эта не могла быть ни однообразной, ни соотвѣтствующей дисциплинамъ гражданскаго права. Прежде всего невольно бросается въ глаза разница въ разрѣшеніи вопросовъ по примѣненію чиншевого положенія вторымъ и гражданскимъ кассаціоннымъ департаментами Правительствующаго Сената, при чемъ по-

слѣдній обнаруживаетъ явную тенденцію распространить на чиншевыя отношенія сферу судебнаго вліянія, а первый— таковую ограничить.

Такъ, рѣшеніями Правительствующаго Сената по 2 департаменту, отъ 13 марта и 8 мая 1892 года, №№ 1628 и 2616, было признано, что „опредѣленный положеніемъ срокъ, послѣ котораго никакія притязанія на вѣчно-чиншевое владѣніе не принимаются, назначенъ для тѣхъ имѣній, вотчинниками коихъ представлены именные списки проживающимъ въ ихъ имѣніяхъ чиншевикамъ; для тѣхъ же имѣній, владѣльцы коихъ таковыхъ списковъ не представили, никакихъ сроковъ для заявленій о принадлежности къ сельскимъ вѣчнымъ чиншевикамъ положеніемъ 9 іюня 1886 года не установлено". Слѣдовательно, заявленія вѣчно-чиншевыхъ правъ возможно во всякомъ положеніи судебнаго дѣла, напримѣръ— о выселеніи, и, по силѣ VI п. закона 9 іюня, подобное дѣло подлежитъ прекращенію въ судебномъ порядкѣ до разрѣшенія вопроса о правахъ заявителя чиншевыми учрежденіями. Однако, гражданскій кассаціонный департаментъ Сената, въ рѣшеніи 1898 года № 14, высказался совершенно иначе. А именно, по его мнѣнію,—„если установлено, что чиншевыя права чиншевика на занимаемый участокъ земли вовсе не были въ разсмотрѣніи чиншевыхъ учрежденій и чиншевикомъ ходатайства о семъ возбуждаемо не было, то вотчинникъ вправѣ предъявить искъ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ объ изъятіи участка изъ владѣнія чиншевика, несмотря на то, что ранѣе производившееся въ мировыхъ установленіяхъ дѣло о выселеніи чиншевика изъ спорнаго участка было прекращено производствомъ за силою VI п. закона 9 іюня 1886 года". Характерно, что при этомъ гражданскій кассаціонный департаментъ указываетъ вотчиннику путь возстановленія своихъ правъ предъявленіемъ иска о правѣ собственности на спорный участокъ, какъ будто чиншевое право исключаетъ право собственности!

Рѣшеніе это, очевидно, содержитъ въ себѣ недоразумѣніе и не соотвѣтствуетъ закону 9 іюня, такъ какъ прекращеніе дѣла въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ могло

послѣдовать лишь на основаніи заявленія отвѣтчикомъ своихъ вѣчно-чиншевыхъ правъ и, слѣдовательно, возлагало на чиншевыя учрежденія, по силѣ 44 ст. положенія, обязанность произвести повѣрку этихъ правъ, а новый судебный искъ о выселеніи можетъ послѣдовать лишь по отказѣ чиншевыми учрежденіями въ признаніи таковыхъ. Кромѣ того, за отсутствіемъ срока на подачу заявленія о вѣчныхъ-чиншевыхъ правахъ, всякое судебное мѣсто обязано прекратить дѣло о выселеніи, если подобное заявленіе послѣдуетъ въ установленномъ порядкѣ.

Еще ранѣе, въ 1890 году, гражданскій кассаціонный департаментъ Сената, въ рѣшеніяхъ отъ 24 января №№ 7 и 8, преподалъ совершенно правильное юридически разъясненіе, что заявленіе отвѣтчика по дѣламъ о прекращеніи владѣнія о своихъ правахъ въ чиншевомъ присутствіи не освобождаетъ мирового судью отъ обязанности обсудить правильность возраженій отвѣтчика о принадлежности ему земли на вѣчно-чиншевомъ правѣ, и что только окончательное рѣшеніе чиншевого присутствія должно влечь за собою отказъ въ искѣ, начатомъ въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ. Но разъясненіе это не получило надлежащаго примѣненія, вслѣдствіе совершенно обратной практики второго департамента.

Вообще подсудность дѣлъ при заявленіи стороной своихъ вѣчно-чиншевыхъ правъ до сего времени представляется крайне неясной и спорной, хотя для разъясненія ея и было выпущено въ 1892 году два соотвѣтственныхъ циркуляра— одно отъ министерства внутреннихъ дѣлъ, а другое отъ министерства юстиціи. Не менѣе шаткимъ по толкованію второго департамента представляется и самое опредѣленіе вѣчно-чиншевыхъ правъ.

Такъ, по рѣшенію 27 февраля 1892 года № 1232— „измѣненіе платы, послѣдовавшее въ послѣдніе годы передъ изданіемъ чиншевого положенія, вопреки первоначальнымъ условіямъ давностнаго чиншевого владѣнія и помимо воли и согласія безсрочныхъ чиншевыхъ владѣльцевъ, которые хотя бы временно подчинились такому произволу вотчинника,—

не можетъ служить основаніемъ къ утратѣ чиншевыхъ правъ по тому же положенію"; а въ 1893 году Сенатъ дважды, по дѣламъ №№ 2010 и 1230, разъясняетъ, что, на основаніи ст. 1 положенія, измѣняемость повинностей, зависѣвшая отъ произвола вотчинника, служитъ препятствіемъ къ примѣненію сего положенія. Между тѣмъ, по правиламъ общаго гражданскаго права, подчиненіе извѣстному юридическому факту является равносильнымъ установленію соотвѣтственнаго юридическаго правоотношенія и, слѣдовательно, чиншевики, подчинившіеся произвольному измѣненію платы со стороны вотчинника, тѣмъ самымъ измѣнили сущность договорныхъ отношеній.

Однако, высшей точки юридическихъ соображеній Правительствующій Сенатъ достигъ по вопросу о примѣненіи къ евреямъ примѣчанія къ 6 ст. положенія 9 іюня 1886 года, т. е. по поводу предоставленія имъ пятилѣтней льготы на пользованіе участками послѣ отказа чиншевыхъ учрежденій въ признаніи чиншевыхъ правъ. Соображенія эти (рѣшеніе 9 марта 1893 г. № 230) настолько интересны, что необходимо привести ихъ въ подробностяхъ.

„Обращаясь .... къ той части постановленія губернскаго присутствія, въ которой за М. признано право пятилѣтняго пользованія занимаемымъ имъ участкомъ, согласно примѣчанію къ 6 ст. полож. чинш., Правительствующій Сенатъ призналъ предоставленіе такой льготы евреямъ М. неправильнымъ, какъ несогласное съ точнымъ смысломъ положенія 9 іюня 1886 г. о вѣчныхъ чиншевикахъ.... При разсмотрѣніи проекта этого положенія, государственный совѣтъ обратилъ вниманіе на положеніе тѣхъ лицъ, которыя, несмотря на безсрочное владѣніе участками земли, не будутъ признаны владѣльцами ихъ на вѣчно-чиншевомъ правѣ, и призналъ необходимымъ предоставить такимъ безсрочнымъ арендаторамъ право сохранить за собою въ продолженіи пяти лѣтъ владѣніе занимаемыми участками на прежнихъ условіяхъ *дабы они имѣли возможность или ликвидировать свое хозяйство безъ чувствительныхъ потерь* или обезпечить за собою дальнѣйшее владѣніе землей посредствомъ арендныхъ договоровъ или

пріобрѣтенія арендуемыхъ участковъ въ собственность, по соглашеніямъ съ владѣльцами имѣній. Предоставленіе такой льготы безсрочнымъ арендаторамъ и введено въ положеніе 9 іюня 1886 года въ видѣ примѣчанія къ 6 ст. закона о вѣчныхъ чиншевикахъ. Такимъ образомъ, примѣчаніе это, какъ касающееся лицъ, не признанныхъ вѣчными чиншевиками, не находится въ непосредственной связи со всѣми остальными постановленіями закона о поземельномъ устройствѣ вѣчныхъ чиншевиковъ; а потому не представляется достаточныхъ основаній и для распространенія на лицъ упомянутой категоріи тѣхъ основныхъ положеній, которыя установлены закономъ 9 іюня 1886 г. для поземельнаго устройства вѣчныхъ чиншевиковъ. Права же безсрочныхъ арендаторовъ на указанную выше льготу должны быть поставлены при упомянутомъ условіи въ зависимость отъ тѣхъ гражданскихъ правъ, которыми эти лица пользуются въ западномъ краѣ, на основаніи дѣйствующихъ узаконеній, не отмѣненныхъ закономъ 9 іюня 1886 г. по примѣчанію къ 6 его статьѣ.... Изъ приведенныхъ узаконеній нельзя не усмотрѣть, что законодательство уже съ 1859 г. стремилось къ постоянному послѣдовательному ограниченію правъ евреевъ на арендованіе земель въ сельскихъ мѣстностяхъ, что во время изданія положенія 9 іюня 1886 г. охраною закона могли пользоваться лишь тѣ арендные договоры, которые были заключены евреями до его изданія, въ формѣ письменныхъ контрактовъ, и что всякія иныя арендныя сдѣлки съ владѣльцами имѣній совершались и періодически возобновлялись евреями въ обходъ закона. При этихъ же условіяхъ представляется невозможнымъ предполагать, чтобы законодательная власть, при разсмотрѣніи въ 1886 году закона о вѣчныхъ чиншевикахъ, имѣла въ виду предоставить безсрочнымъ арендаторамъ-евреямъ возможность обезпечить за собою дальнѣйшее владѣніе землей и, въ этихъ видахъ, признала бы необходимымъ распространить на евреевъ ту пятилѣтнюю льготу, которая установлена для безсрочныхъ арендаторовъ примѣчаніемъ къ 6 ст. полож. о вѣчн. чинш.".

Такимъ образомъ, сопоставленіе категорическаго указанія

1 ст. положенія—о распространеніи таковаго на русскихъ подданныхъ безъ ограниченія сословій и вѣроисповѣданій—съ точнымъ смысломъ примѣчанія къ ст. 6, не заключающаго также никакихъ ограничений для евреевъ,—не представлялось въ 1893 году достаточно убѣдительнымъ для 2 департамента Сената. Не представлялось ему достаточно важнымъ и то, что пятилѣтняя льгота установлена въ законѣ, по его собственному признанію, для избѣжанія разоренія подлежащихъ выселенію арендаторовъ.... Правда, черезъ семь лѣтъ—въ 1900 г.—общее собраніе Правительствующаго Сената взглянуло на дѣло иначе и, указомъ за № 1717, разъяснило, что евреи не лишены права на льготу, установленную въ прим. къ ст. 6 положенія; но, очевидно, за эти семь лѣтъ всѣ подлежавшіе выселенію евреи были уже вотчинниками выселены!....

VIII.

Какъ бы то ни было, но изъ изложеннаго бѣглаго очерка законовъ о вольныхъ людяхъ и вѣчныхъ сельскихъ чиншевикахъ видно, что оба эти закона все таки, хотя для видимости, опираются на тѣнь юридическаго основанія, въ видѣ необходимости уравненія поземельнаго устройства, по аналогичности быта, съ крестьянами—для первыхъ, и упраздненія несвойственнаго духу русскаго законодательства гражданскаго положенія—для вторыхъ. Однако, внутренніе мотивы созданія этихъ законовъ должны были неминуемо привести русское правительство еще къ одному послѣдовательному, съ его точки зрѣнія, шагу—къ упроченію поземельнаго устройства православнаго сельскаго населенія въ западномъ краѣ вообще.

Въ самомъ дѣлѣ: за обезпеченіемъ землевладѣнія единовѣрцевъ и старообрядцевъ по правиламъ 22-го мая 1876 г., вольныхъ людей 2-го разряда—по законамъ 1882—1889 годовъ и сельскихъ чиншевиковъ—по положенію 1886 года, изъ собственности помѣщиковъ западнаго края подлежали изъятію огромныя площади земли, каковое обстоятельство, въ

связи съ невозможностью для лицъ польскаго происхожденія расширить свои владѣнія путемъ земельныхъ пріобрѣтеній, заставляло помѣщиковъ обратиться въ сторону наименьшаго сопротивленія и принять мѣры къ очищенію своихъ помѣстій отъ всѣхъ тѣхъ издавнихъ арендаторовъ, которые еще не получили особой охраны со стороны закона. Между тѣмъ, классъ этихъ арендаторовъ былъ очень великъ и составлялъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ даже весьма значительные поселки. Контингентъ ихъ состоялъ изъ лицъ какъ католическаго, такъ и православнаго исповѣданія, а въ большей части изъ бывшихъ уніатовъ, насильственно причисленныхъ къ православію въ семидесятыхъ годахъ прошлаго столѣтія. Очевидно, что репрессіи польскихъ помѣщиковъ главнымъ образомъ направились противъ арендаторовъ православнаго исповѣданія, какъ привиллегированнаго въ краѣ, и послѣдствіемъ этого явился законъ 19 января 1893 года „о поземельномъ устройствѣ русскихъ арендаторовъ православнаго исповѣданія, водворенныхъ на владѣльческихъ земляхъ въ губерніяхъ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ до 19 февраля 1861 года“.

Законъ этотъ по мотивамъ, высказаннымъ какъ въ представленіи министерства внутреннихъ дѣлъ, такъ и въ соображеніяхъ государственнаго совѣта, является уже чисто политическимъ актомъ, при созданіи котораго законодательный органъ даже не пытался придать ему какое-либо юридическое обоснованіе.

„По освобожденіи крестьянъ отъ крѣпостной зависимости,—говоритъ Министерство Внутреннихъ Дѣлъ въ своемъ представленіи Государственному Совѣту, — правительствомъ принятъ былъ рядъ мѣръ, направленныхъ къ устройству въ западномъ краѣ земельнаго быта сельскихъ обывателей другихъ, кромѣ крестьянъ, категорій, какъ то: бывшихъ вольныхъ людей 2-го разряда, единовѣрцевъ и старообрядцевъ, водворенныхъ на владѣльческихъ земляхъ, и сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ. Только одинъ разрядъ сельскаго населенія этого края, а именно русскіе арендаторы православнаго исповѣданія, издавна поселившіеся на земляхъ вотчинниковъ въ различныхъ мѣстностяхъ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ

губерній, до послѣдняго времени не получилъ правильнаго земельнаго устройства... Отказъ въ обезпеченіи земельной собственностью означенныхъ арендаторовъ повлекъ бы за собою необходимость выселенія ихъ изъ мѣстъ жительства, лишилъ бы ихъ осѣдлости *и создалъ бы особый контингентъ сельскаго пролетаріата, крайне нежелательнаго съ точки зрѣнія экономическаго благосостоянія мѣстностей, населенныхъ этими людьми*. Укрѣпленіе же земельныхъ правъ упомянутыхъ лицъ имѣло бы своимъ послѣдствіемъ окончательное водвореніе въ краѣ значительнаго числа поселенцевъ, сохранившихъ въ полной неприкосновенности національный свой бытъ и исконную привязанность къ православной церкви и являющихся, поэтому, надежнымъ оплотомъ русскаго землевладѣнія. Исходя изъ этихъ соображеній, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ признало необходимымъ допустить обязательный, съ содѣйствіемъ правительства, выкупъ занимаемыхъ православными арендаторами земель изъ владѣнія вотчинниковъ на аналогичныхъ съ предшествующими положеніями основаніяхъ.

Такимъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе частновладѣльческихъ правъ касалось не коренного русскаго населенія, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ находило въ себѣ мудрости подниматься до сознанія вреда сельскаго пролетаріата. Однако, оно полагало въ данномъ случаѣ, какъ и при проектированіи закона о вольныхъ людяхъ, не распространять обязательный выкупъ арендаторскихъ участковъ, между прочимъ, на имѣнія, которыя ко времени изданія закона оказались бы въ такомъ составѣ, что, въ случаѣ выдѣла участковъ православнымъ арендаторамъ, у владѣльца оставалось бы менѣе 100 десятинъ удобной земли, и если онъ не имѣетъ при томъ другой земельной собственности, а также на цѣлыя имѣнія, фольварки и мызы, арендуемые въ полномъ ихъ составѣ, безъ раздѣленія ихъ между арендаторами на отдѣльные, съ самостоятельнымъ хозяйствомъ, участки.

Государственный Совѣтъ, „вполнѣ присоединяясь къ мысли Министерства Внутреннихъ Дѣлъ о необходимости окончательнаго и прочнаго поземельнаго устройства арендаторовъ

православнаго исповѣданія на занимаемыхъ ими нынѣ въ западныхъ и бѣлорусскихъ губерніяхъ мѣстахъ" призналъ эту „мѣру отвѣчающею требованіямъ не только справедливости, но и государственной пользы, связанной съ обезпеченіемъ быта упомянутой части исконнаго русскаго населенія западнаго края". Но при этомъ Государственный Совѣтъ остановился на указанномъ мною выше пунктѣ проекта Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, ограничивающемъ распространеніе выкупа на мелкопомѣстныя владѣнія. Соображенія Государственнаго Совѣта по этому пункту настолько знаменательны для настоящаго времени, что я считаю необходимымъ привести ихъ полностью:

„Департаменты не могли не обратить вниманія на крайне тягостное положеніе, въ которое будутъ поставлены этимъ правиломъ арендаторы, населяющіе малоземельныя имѣнія. Сіи лица должны будутъ или выселиться изъ занимаемыхъ ими участковъ и лишиться средствъ къ существованію, или безпрекословно подчиниться всѣмъ требованіямъ иновѣрныхъ землевладѣльцевъ. Ни тотъ, ни другой исходъ не отвѣчалъ бы цѣлямъ проектируемаго закона. Между тѣмъ необходимость изъятія нѣкоторыхъ имѣній отъ обязательнаго выкупа едва ли является по дѣлу доказанной. Въ положеніи бывшихъ мелкопомѣстныхъ помѣщиковъ, съ одной стороны, и владѣльцевъ земель, состоящихъ въ пользованіи православныхъ арендаторовъ, съ другой, казалось бы не существуетъ аналогіи, *такъ какъ подлежащія нынѣ выкупу земли заняты съ незапамятныхъ временъ арендаторами и не состоятъ въ непосредственномъ распоряженіи ихъ собственниковъ, которые лишь взимаютъ за право пользованія ими извѣстную арендную плату. Посему окончательное укрѣпленіе за арендаторами занимаемыхъ ими участковъ ни въ чемъ фактически не измѣнитъ положенія землевладѣльцевъ, которые и впредь будутъ пользоваться соотвѣтствующею доходу съ отчуждаемыхъ земель прибылью въ видѣ процентовъ съ выкупного капитала.* Установленіе обсуждаемаго правила было бы нежелательно и потому, что создало бы неоправдываемую необходимостью неравномѣрность въ правахъ православныхъ

арендаторовъ по сравненію съ единовѣрцами и старообрядцами, при надѣленіи коихъ землею изъятія отъ обязательнаго выкупа малоземельныхъ имѣній допущено не было. Такое неравенство, дающее предпочтеніе вышеуказаннымъ лицамъ передъ православными, являлось бы . . . несправедливымъ въ отношеніи арендаторовъ, которые, по свидѣтельству Министра Внутреннихъ Дѣлъ, отличаясь вѣрностью національнымъ началамъ и привязанностью къ ученію православной церкви, заслуживаютъ никакъ не меньшаго вниманія и заботливости правительства по устройству ихъ земельнаго быта, чѣмъ единовѣрцы и старообрядцы. По всѣмъ симъ соображеніямъ департаменты сочли полезнымъ исключить обсуждаемое постановленіе изъ проекта".

Такимъ образомъ, во 1-хъ, тринадцать лѣтъ тому назадъ Государственный Совѣтъ находилъ вполнѣ разумнымъ и справедливымъ въ отношеніи землевладѣнія западнаго края то, передъ чѣмъ въ ужасѣ отступило наше правительство весной нынѣшняго года въ отношеніи общерусскаго землевладѣнія въ проектѣ Н. Н. Кутлера; а во 2-хъ, для поддержанія русскаго православнаго населенія въ западномъ краѣ и для выдачи ему наградныхъ за хорошее поведеніе Государственный Совѣтъ призналъ возможнымъ отступиться совершенно отъ принципа сохраненія помѣщичьей собственности, ради котораго въ положеніяхъ о вольныхъ людяхъ (въ большинствѣ неправославныхъ) имъ была сохранена указанная мною выше 15 статья.

IX.

Сущность закона 19 января 1893 года совершенно аналогична съ разсмотрѣнными уже нами положеніями о вольныхъ людяхъ и сельскихъ чиншевиковъ съ тою только разницею, что поощреніе православія, какъ таковаго, выдвигается въ немъ рѣзко на первый планъ. При этомъ, дабы въ предоставленіи пятилѣтней льготы на продолженіе пользованія занимаемымъ участкомъ не произошло такихъ недоразумѣній, какія возникли въ Сенатѣ по поводу примѣненія примѣчанія

къ ст. 6 положенія о чиншевикахъ,—въ новомъ законѣ, въ ст. 18, уже опредѣленно выражено, что только „арендующія земельные участки лица *православнаго исповѣданія*, которымъ на основаніи сего положенія будетъ отказано въ ходатайствѣ о выкупѣ означенныхъ участковъ, сохраняютъ пользованіе оными на прежнихъ условіяхъ впродолженіе пяти лѣтъ со дня вступленія въ законную силу постановленія объ отказѣ въ такомъ ходатайствѣ"... Вслѣдъ засимъ Сенатъ, въ рѣшеніи 29 октября 1896 года № 2894, категорически подтвердилъ, что „арендаторы, коимъ отказано въ примѣненіи къ нимъ положенія 19 января 1893 года по принадлежности ихъ къ римско-католической религіи,—не могутъ воспользоваться льготой по ст. 18 означеннаго положенія".

Естественно, что практика по примѣненію въ жизни такого закона, по которому право на пріобрѣтеніе земли обусловливается главнымъ признакомъ—принадлежностью къ православію, не могла не выразиться въ самыхъ странныхъ формахъ, противорѣчащихъ подчасъ, съ одной стороны, самымъ элементарнымъ началамъ права, а, съ другой,—вызывающихъ явленія прямо безнравственныя.

Прежде всего, въ цѣляхъ покровительства переходу въ православіе, Сенатомъ было разъяснено, въ рѣшеніи 22 апрѣля 1896 года № 1460, что „такъ какъ право выкупа въ собственность земельнаго участка, на основаніи закона 19 января 1893 года, принадлежитъ не только одному арендатору участка, но всѣмъ вообще членамъ занимающаго оный участокъ семейства или двора, то принадлежность къ римско-католическому вѣроисповѣданію лица, заключившаго съ владѣльцемъ имѣнія арендный договоръ на участокъ, не можетъ лишить права выкупа означеннаго участка прочихъ членовъ его семейства, принадлежащихъ къ православному вѣроисповѣданію". Въ этомъ случаѣ Сенатъ перенесъ созданное имъ самимъ для крестьянскаго надѣльнаго обихода понятіе „двора", какъ недѣлимой единицы, на юридическій бытъ населенія, въ большей части непринадлежащаго даже къ крестьянскому сословію, и пріурочилъ таковое къ аренднымъ, т. е. личнымъ отношеніямъ; такимъ образомъ, достаточно было одному

члену изъ католической семьи принять православіе, чтобы вся семья въ его лицѣ получила право на выкупъ арендуемаго участка. Далѣе, въ томъ же году, въ рѣшеніи 3 сентября № 2286, Сенатъ разъяснилъ, что зять арендатора православнаго исповѣданія, послѣ смерти тестя своего, имѣетъ право на выкупъ по закону 19 января 1893 г. заарендованнаго тестемъ участка. Положеніе это опять таки выводилось Сенатомъ, ради сохраненія во что бы то ни стало земель за лицами православнаго исповѣданія, изъ обычнаго права крестьянъ, по которому перешедшій „въ зятья" получаетъ право на надѣлъ своего тестя; но ни въ самомъ законѣ о русскихъ православныхъ арендаторахъ, ни въ общегражданскомъ нашемъ кодексѣ нельзя подыскать этому разъясненію ни малѣйшаго основанія.

Подобное примѣненіе закона, очевидно, должно было отразиться проявленіемъ въ населеніи цѣлой спекуляціи на „православіи". Во многихъ католическихъ семьяхъ появились отдѣльные члены православнаго исповѣданія, которые на этомъ основаніи и предъявляли требованія о предоставленіи имъ на выкупъ арендуемыхъ участковъ. Принимаемое ими при такихъ условіяхъ православіе было, конечно, только фиктивнымъ и отнюдь не способствовало „охраненію исконныхъ русскихъ началъ" въ западномъ краѣ. Рельефнѣе всего это проявилось послѣ Высочайшаго указа 17 апрѣля прошлаго года—о свободѣ вѣроисповѣданій—когда масса получившихъ на выкупъ земельные участки „православныхъ" арендаторовъ возвратилась снова въ лоно католической церкви. По этому поводу возникли даже интересныя требованія вотчинниковъ объ отобраніи отъ такихъ „православныхъ-католиковъ" предоставленныхъ имъ земель обратно. Ходатайства эти, конечно, ни къ чему не привели, но причинили много умственной работы мѣстнымъ крестьянскимъ учрежденіямъ, никакъ не могущимъ согласовать свои старыя представленія съ новыми вѣяніями духа времени.

Впрочемъ, для юриста подобный „казусъ" представляетъ несомнѣнный интересъ,—правда, болѣе принципіальный, чѣмъ практическій. Врядъ ли какой нибудь юристъ возьметъ на



себя тяжелую и скверную задачу доказывать, что переходомъ въ католичество фиктивный православный арендаторъ нарушаетъ то подразумѣвающееся условіе, которое существовало между нимъ и правительствомъ при предоставленіи ему на выкупъ занимаемаго участка. Но казусъ этотъ является блестящимъ показателемъ того, какія послѣдствія могутъ возникать изъ произвольныхъ законоположеній въ сферѣ гражданскаго права, не вытекающихъ изъ юридическаго основанія, а опирающихся на случайный признакъ принадлежности даннаго субъекта права къ тому или иному сословію, къ той или иной религіи.

Не могу не привести здѣсь же аналогичный случай изъ примѣненія хотя и другого закона, но относящагося также къ сферѣ аграрныхъ правоотношеній и также имѣющаго въ своемъ основаніи поощреніе одной части населенія на счетъ другой.

Высочайшимъ указомъ 1 мая минувшаго года значительно расширены права лицъ польскаго происхожденія на пріобрѣтеніе въ западномъ краѣ земельныхъ имуществъ; однако, имъ предоставлено пріобрѣтать таковыя только отъ лицъ польскаго же происхожденія, и лишь *крестьянамъ* католическаго исповѣданія разрѣшено покупать землю безъ всякихъ прежнихъ ограниченій. Вскорѣ послѣ этого указа одному мѣщанину-католику въ Минской губерніи явилась необходимость въ пріобрѣтеніи куска земли, но ни одно учрежденіе не соглашалось утвердить сдѣлку, и ни одинъ юристъ не могъ дать ему благопріятнаго совѣта. Покупщикъ, между тѣмъ, долженъ былъ понести большіе убытки въ томъ случаѣ, если бы сдѣлка не состоялась. Къ счастью его выручилъ одинъ опытный волостной писарь. За самое ничтожное вознагражденіе онъ научилъ его исходатайствовать отъ какого либо сельскаго общества пріемный приговоръ, что̀ и было достигнуто съ помощью нѣкотораго угощенія, а затѣмъ ему было выдано удостовѣреніе о принадлежности къ крестьянскому сословію, съ которымъ онъ и добился утвержденія старшимъ нотаріусомъ сдѣлки о покупкѣ земли. Очевидно, что послѣ этого покупщикъ снова перечислился въ мѣщане, такъ какъ

переходъ изъ одного непривиллегированнаго сословія въ другое не обставленъ никакими ограниченіями.

Случай этотъ, какъ нельзя болѣе, подходитъ къ указанному выше казусу, и юридическая оцѣнка обоихъ должна быть одинакова. Безнравственный законъ не можетъ разсчитывать на добросовѣстное выполненіе.

X.

Для окончанія обзора спеціальныхъ поземельно-устроительныхъ законовъ въ западномъ краѣ мнѣ остается только упомянуть еще о законѣ 4 іюня 1901 года, которымъ правила 22 мая 1876 года—объ устройствѣ единовѣрцевъ и старообрядцевъ, водворенныхъ на владѣльческихъ земляхъ въ губерніяхъ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ,—получили измѣненіе въ томъ смыслѣ, что безсрочно арендуемые этими лицами участки предоставляются имъ на выкупъ съ содѣйствіемъ правительства и по ихъ заявленіямъ, а не только по требованію вотчинника или по добровольному съ нимъ соглашенію. Законъ этотъ явился, конечно, естественнымъ продолженіемъ всѣхъ предшествующихъ положеній и самостоятельнаго юридическаго интереса не представляетъ. Онъ только еще разъ подчеркиваетъ то, что созданъ, какъ и положеніе о православныхъ арендаторахъ, отнюдь не по юридическимъ соображеніямъ, а изъ чисто политическихъ видовъ, такъ какъ по обоимъ этимъ законамъ арендуемые участки предоставляются на выкупъ только такимъ лицамъ, которыя не получили иного поземельнаго устройства и не имѣютъ другой недвижимой собственности.

Изложенный бѣглый очеркъ спеціальнаго аграрнаго законодательства въ западномъ краѣ даетъ наглядное представленіе о томъ, что русское правительство отнюдь не дорожитъ принципомъ охраненія частной земельной собственности въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ оно не ожидаетъ встрѣтить поддержку со стороны представителей этой собственности, и что для оцѣнки этого принципа у нашего правительства существуетъ двѣ разныхъ мѣрки, сообразно тому, въ какой мѣстности онъ подлежитъ примѣненію.

Вотъ эта-то разница въ оцѣнкѣ юридическаго принципа и составляетъ все зло нашихъ аграрныхъ законовъ въ западномъ краѣ и заставляетъ юриста относиться къ нимъ совершенно отрицательно. Очевидно, что тѣ же самые законы, если бы они проистекали изъ общесознанной государственной потребности, въ смыслѣ надѣленія землею земледѣльцевъ, и проводились послѣдовательно по всей территоріи государства, а также если бы разрѣшеніе возникающихъ изъ нихъ недоразумѣній было предоставлено вѣдѣнію самостоятельнаго суда,—не могли бы вызвать ничего иного, кромѣ сочувствія гуманному направленію правительства, стремящагося къ уничтоженію земельнаго пролетаріата. Но, истекая изъ однихъ узко-національныхъ политическихъ видовъ и не опираясь ни на какое правовое основаніе, спеціальные поземельно-устроительные законы въ западномъ краѣ,—съ одной стороны, въ зависимости отъ невозможности для поляка-помѣщика пріобрѣсти новую землю взамѣнъ отходящей на выкупъ, а съ другой,—благодаря подведенію всѣхъ выкупающихъ землю сельскихъ арендаторовъ подъ рамки крестьянскаго законодательства,—явились именно той палкой о двухъ концахъ, которая и ударила разомъ обоими по тому и другому классу, создавъ между ними массу новыхъ конфликтовъ. А такъ какъ разрѣшеніе послѣднихъ было возложено закономъ не на самостоятельные суды, а на непосредственно подчиненныя Министерству Внутреннихъ Дѣлъ крестьянскія учрежденія, то всѣ поземельныя гражданскія отношенія, вмѣсто регулированія ихъ на юридической почвѣ, стали въ прямую зависимость отъ политическихъ взглядовъ даннаго представителя Министерства. Этотъ политическій взглядъ оказался, однако, безсильнымъ парализовать тотъ вредъ, который нанесла новымъ мелкимъ собственникамъ возгорѣвшаяся между ними и помѣстнымъ классомъ борьба.

Результатъ получился самый плачевный.

Близорукая политика правительства, разжигающая разными спеціальными узаконеніями національную, а вмѣстѣ съ тѣмъ и классовую, рознь; обширность польскихъ латифундій, дѣлающая большинство польскихъ помѣщиковъ владѣтельными князьками, управляющими своими помѣстьями черезъ „главно-

уполномоченныхъ" и экономовъ; полная противоположность всѣхъ составляющихъ сущность земской и политической жизни интересовъ,—все это консервировало въ польскихъ помѣщикахъ дворянскія традиціи добраго стараго времени и поставило ихъ относительно русскаго сельскаго населенія въ положеніе совершенно обособленнаго лагеря. Всѣ тѣ классовыя стремленія, которыя въ русскомъ аграріи кое какъ смягчаются по отношенію къ крестьянамъ хоть общностью исторической жизни, религіозныхъ вѣрованій, общностью, наконецъ, элементарныхъ политическихъ правъ,—въ польскомъ аграріи, наоборотъ, всемѣрно спеціально обострялись и обостряются полнымъ противоположеніемъ „русскихъ" и „польскихъ" интересовъ въ краѣ.

Покушенія законодательства на существованіе именно польскаго землевладѣнія въ краѣ не могло не вызвать со стороны представителей послѣдняго обратной тенденціи самосохраненія, вслѣдствіе чего сбереженіе польскимъ помѣщикомъ каждаго клочка наслѣдственной земли было возведено ими въ особый культъ, не имѣющій, по своимъ внутреннимъ стимуламъ, ничего общаго съ культомъ дворянскаго землевладѣнія въ коренной Россіи. Съ этимъ культомъ польское дворянство неразрывно соединяетъ идею самаго существованія польской національности и ея историческихъ традицій, а утрата каждой пяди наслѣдственной земли равняется въ ихъ глазахъ острой ранѣ, нанесенной самому польскому народу. И подобно тому, какъ крѣпостное право и спеціальное крестьянское законодательство, прикрѣпившее крестьянъ къ землѣ даже послѣ ихъ юридическаго освобожденія, создало въ крестьянинѣ непреодолимую жажду земли во что бы то ни стало,—той земли, которую ему такъ трудно получить, а безъ которой онъ не можетъ оставаться крестьяниномъ,—такъ и законодательная политика въ отношеніи польскаго землевладѣнія на нашемъ западѣ создала особый типъ „крѣпостныхъ дворянъ", всѣ помыслы которыхъ устремлены на ту же землю, на сохраненіе ея за собою во что бы то ни стало, какъ символа національнаго существованія!

Спеціальные законы для западнаго края заплели еще одинъ лишній узелъ въ сложномъ и безъ того аграрномъ вопросѣ, и нельзя не предвидѣть страшныхъ осложненій, которыя могутъ возникнуть при первой попыткѣ его законодательнаго разрѣшенія въ этомъ многострадальномъ краѣ.

А. фонъ-Бринкманъ.

АМНИСТІЯ И ЕЯ ПРАВОВЫЯ ОСНОВАНІЯ.

Вопросъ о полной амнистіи всѣхъ преступныхъ дѣяній, совершенныхъ въ политической борьбѣ противъ стараго порядка, глубоко волнуетъ общественное мнѣніе. Съ одной стороны, на требованіи такой амнистіи сходятся всѣ слои общества, сознательно сочувствующіе освободительному движенію и желающіе надежнаго успокоенія страны, съ другой—объединенныя силы реакціи упорно цѣпляются за послѣдній свой оплотъ—терроръ уголовной и полицейской репрессіи, рѣзкій ударъ которому несомнѣнно должна нанести амнистія. Амнистія стала однимъ изъ тѣхъ пунктовъ, въ которыхъ должна произойти капитуляція стараго порядка, она стала главной базой для борьбы отжившихъ началъ съ новыми.

Напряженность общественнаго мнѣнія въ этой области ко времени созыва Государственной Думы достигла крайнихъ предѣловъ. Первымъ крикомъ изстрадавшейся страны, представленной чрезъ своихъ депутатовъ въ Думѣ, было единодушное величественно-грозное заявленіе о необходимости полной амнистіи, поддержанное стоустнымъ эхомъ съ самыхъ отдаленныхъ концовъ Россіи. Но Дума была распущена, и болѣзненный процессъ перерожденія общественнаго правосознанія снова вогнанъ мѣрами репрессіи, не остановившимися предъ разрушеніемъ элементарныхъ началъ правосудія, во внутрь общественнаго организма. Между тѣмъ процессъ общественнаго возбужденія зрѣетъ все болѣе и болѣе вслѣдствіе затягиванія того кризиса, которымъ должна разрѣшиться эпоха

разгула и вакханаліи всевозможныхъ карательныхъ воздѣйствій, наступившая съ конца 1905 г. Наступленіе такого кризиса несомнѣнно должно ознаменоваться амнистіей.

Въ этой раскаленной атмосферѣ политической борьбы значеніе научныхъ соображеній, основанныхъ на учитываніи нормально дѣйствующихъ силъ государственной жизни, несомнѣнно, должно ослабнуть. Но все же, думается, научное разсмотрѣніе вопроса сумѣетъ намѣтить ту равнодѣйствующую въ рядѣ политическихъ теченій, касающихся амнистіи и ея правовой постановки, которая дастъ выходъ политическимъ силамъ, не сопровождающійся бурными потрясеніями всего государственнаго организма.

Правовая форма какого либо государственнаго института, не соотвѣтствующая распредѣленію политическихъ силъ, является постоянной почвой для конфликтовъ, которые, съ усложненіемъ политическихъ условій, будутъ пріобрѣтать все болѣе и болѣе обостренную форму. Выясненію такого несоотвѣтствія могутъ способствовать не только начавшіеся конфликты, но и научное освѣщеніе вопроса, позволяющее заранѣе указать на неправильно занятыя той или другой стороной позиціи и на искусственное примѣненіе блиндированныхъ укрѣпленій въ видѣ основныхъ законовъ въ тѣхъ мѣстахъ, которыя несомнѣнно должны подвергнуться уничтожающему огню другой стороны. Въ области права амнистіи такое научное освѣщеніе вопроса, поэтому, можетъ оказаться небезполезнымъ.

Къ сожалѣнію, вопросъ объ амнистіи въ научномъ отношеніи до сихъ поръ разработанъ весьма слабо. Развитіе этого правового института въ большинствѣ странъ еще не приняло точныхъ очертаній, позволяющихъ ясно намѣтить его естественныя границы и указать политическія его основанія. Эти послѣднія въ однѣхъ странахъ прикрываются прерогативой усмотрѣнія монарха, въ другихъ—слѣпой ссылкой на исключительно политическое значеніе этого института безъ дальнѣйшаго выясненія допустимости тѣхъ или иныхъ изъ нихъ; въ третьихъ,— наконецъ, счастливая участь безмятежнаго государственнаго развитія не создала почвы для жизненности подобныхъ изслѣдованій. Какъ бы то ни было, изслѣ-

дователю приходится имѣть дѣло съ рядомъ отрывочныхъ постановленій, слабо освѣщенныхъ съ теоретической точки зрѣнія; пріятнымъ исключеніемъ является лишь французская литература, которая выработала самостоятельную концепцію въ этомъ вопросѣ и въ которой разработка національнаго права объ амнистіи поднялась на высоту серьезныхъ монографическихъ изслѣдованій. Въ русской литературѣ по этому вопросу мы находимъ полнѣйшій пробѣлъ, что въ значительной степени находитъ себѣ объясненіе въ особо неблагопріятныхъ условіяхъ, въ которыя была поставлена у насъ разработка конституціоннаго права до послѣдняго времени [1]).

Сколь бы исключителенъ ни былъ по своему характеру какой либо юридическій институтъ, это не освобождаетъ изслѣдователя отъ необходимости согласовать его съ общими началами существующаго правового строя. Такое согласованіе окажется пробнымъ камнемъ какъ для самихъ научныхъ принциповъ, такъ и для изслѣдуемаго института, соціально-политическое значеніе котораго всестронне только и можетъ быть выяснено подобнымъ путемъ. Это вполнѣ примѣнимо и къ амнистіи. Но слѣдуетъ при этомъ принять во вниманіе, что съ развитіемъ государственной жизни исключительный характеръ амнистіи постепенно ослабляется, и примѣненіе амнистіи доходитъ даже, правда съ нѣкоторымъ ущербомъ для устойчивости правосудія, до степени нормальной политической мѣры.

Настоящая работа можетъ быть раздѣлена на 3 части. Въ первой дѣлается попытка представить въ сгруппированномъ видѣ историческій и законодательный матеріалъ, касающійся юридической постановки амнистіи въ европейскихъ государствахъ; вторая посвящена теоретическому разсмотрѣ-

---

[1]) О помилованіи трактуетъ книга К. Ф. Хартулари. „Право суда и помилованія, какъ прерогативы россійской державности“ СПБ. 1899., посвященная „священной и незабвенной памяти Государя Императора Александра III Миротворца“.—Книга эта въ высшей степени слаба, особенно въ части, посвященной иностраннымъ законодательствамъ, представляющей сплошное недоразумѣніе. Общая тенденція книги—конструировать право помилованія во всѣхъ его видахъ какъ неотъемлемую, абсолютно неограниченную прерогативу монарха.



нію правовой природы и освѣщенію политическихъ основаній амнистіи; наконецъ, въ послѣдней будетъ представленъ критическій обзоръ русскаго законодательства.

Часть первая.

Амнистія въ исторіи и въ современныхъ законодательствахъ.

Глава I.

Амнистія въ древнемъ мірѣ и, спеціально, въ Римѣ.

„Когда, вмѣсто того, чтобы возстановить правопорядокъ, поколебленный борьбою партій, осуществленіе карательнаго правосудія подвергло бы его новымъ испытаніямъ, когда несвоевременная строгость повлекла бы за собою продолженіе старой вражды и гражданскихъ междуусобицъ, государственный интересъ приказываетъ правительству успокоить страсти и прекратить волненіе умовъ, набросивъ покрывало забвенія на заблужденія и проступки прошлаго“ [1]). Таковъ приблизительно, по общему мнѣнію, смыслъ политической амнистіи, какой она сохраняла въ теченіе многихъ вѣковъ своего существованія. Основанія, ради которыхъ она примѣнялась, несомнѣнно были значительно шире указанныхъ, но существо ея всегда состояло въ стремленіи замѣнить силу карательной репрессіи силою другихъ принциповъ, дѣйствующихъ на болѣе высокую мотивацію человѣческой психики. Государство, на протяженіи своего развитія, неоднократно испытывало потребность нѣкотораго обновленія началъ правопорядка или управленія, и такое обновленіе, естественно, сопровождалось отпаденіемъ правоограниченій, носящихъ характеръ возмездія и предназначенныхъ къ укорененію въ сознаніи народа тѣхъ старыхъ началъ, въ защиту которыхъ это возмездіе примѣнялось. Массовое дискредитированіе старыхъ началъ возмездія становилось безопаснымъ съ переходомъ правопорядка

---

[1]) Haus, Principes généraux du droit pénal belge 1885. III. p, 247.



на почву болѣе солидныхъ соціальныхъ основъ. Государство насильственно разрывало связь съ прошлымъ, лишая учиненныя въ прошломъ дѣянія ихъ карательно-правового значенія для настоящаго съ тѣмъ, чтобы изгладить дѣйствіе старыхъ, порою опасныхъ для самого существованія государства факторовъ, или чтобы очистить мѣсто для дѣйствія новыхъ, болѣе высокихъ этическихъ побужденій.

Этотъ политическій смыслъ амнистіи, находившій себѣ выраженіе въ различныхъ правовыхъ формахъ и институтахъ, проходитъ красной нитью по всей исторіи ея. Начиная съ Моисеева законодательства [1]) и до послѣднихъ строкъ современной исторіи, вездѣ повторяется одинаковый мотивъ настоятельной потребности успокоенія внутреннихъ раздоровъ.

Первыя историческія указанія на примѣненіе амнистіи, какъ государственной мѣры, преемственное вліяніе которыхъ на позднѣйшее развитіе этого института можно прослѣдить, мы находимъ въ исторіи древней Греціи и, особенно, демократическихъ Аѳинъ. Живое участіе всѣхъ гражданъ въ политической жизни города, постоянная борьба партій, сильное отраженіе политическихъ страстей въ отправленіи правосудія, демократизація котораго была доведена до послѣдней степени, наконецъ, отсутствіе устойчиваго и сильнаго правительства являлись благопріятной почвой для частнаго примѣненія такой исключительной мѣры, какъ амнистія [2]). Судя по свидѣтельству Валерія-Максима, впервые къ амнистіи прибѣгнулъ Тразибулъ, который послѣ изгнанія тридцати тиранновъ, не желая новыми репрессіями противъ сторонниковъ ихъ возбуждать прежнюю распрю, склонилъ народъ къ амнистіи: plebiscitum interposuit, ne qua preteritarum rerum mentio fieret. Haec oblivio, quam Athenienses amnestiam vocant, concussum et labentem civitatis statum in pristinum habitum revo-

---

[1]) Объ аналогичныхъ амнистіи институтахъ въ Моисеевомъ правѣ см. Michaelis Mosaisches Recht § 88, Tönnissen. Etudes sur le droit crimine des peuples anciens t. II. § 88.

[2]) См. Бэко. Организація уголовной юстиціи въ главнѣйшія историческія эпохи. 1867 стр. 16 сл.



cavit [1]). Въ этомъ отрывкѣ, пользовавшемся большою популярностью у римскихъ писателей, обращаютъ на себя вниманіе какъ способъ предоставленія амнистіи—ее даетъ весь народъ посредствомъ плебисцита, т. е. наиболѣе демократической формы голосованія—такъ и указаніе на весьма благодѣтельное вліяніе этой амнистіи на государственный строй, указаніе, которое весьма облегчило проведеніе этой мѣры въ Римѣ. Другимъ извѣстнымъ примѣромъ является амнистія, предоставленная жителямъ Самоса послѣ возстанія на островѣ [2]). Немногочисленность гражданъ заставляла дорожить каждымъ защитникомъ города, и въ моментъ опасности изгнанники обыкновенно возвращались и права ихъ возстановлялись коллективно.

Въ Римѣ развитіе амнистіи шло сложнымъ путемъ; оно нашло себѣ выраженіе въ нѣсколькихъ институтахъ, точное соотношеніе которыхъ до сихъ поръ не вполнѣ выяснено многочисленной литературой [3]).

I. Болѣе точныя свѣдѣнія о примѣненіи амнистіи въ Римѣ мы имѣемъ, лишь начиная съ первыхъ лѣтъ республики. Въ эпоху царей, если эта мѣра и примѣнялась, то во всякомъ случаѣ не иначе, какъ по рѣшенію самого народа или чрезъ сенатъ; это доказывается хотя бы тѣмъ, что консулы, явившіеся полными преемниками царской власти, права даровать амнистію не имѣли, а это право неотъемлемо признавалось за народными комиціями и сенатомъ [4]).

---

[1]) L. IV, гл. 1. 4.

[2]) Өукидидъ. VIII, 74.

[3]) Th. Seger. De abolitione veteri et hodierna. Lipsiae 1778. Aem. Hermannus. De abolitionibus criminum ex sententia juris romani. Lipsiae 1834. Rein. Criminalrecht der Römer. 1844 S. 264 ff. Geib. Geschichte des römischen Criminalprocesses. 1842. Lueder. Das Suverenitätsrecht des Begnadigung. 1860. S. 15—45. Plochmann. Das Begnadigunsrecht. 1844. Mommsen. Römisches Strafrecht 1899. S. 452—462 et passim. Loeb. Das Begnadigungsrecht. 1881. Merkel. Ueber Begnadigungskompetenz im römischen Rechte. 1881. Davidsohn. Das Begnadigungsrecht. 1903. S. 1 ff. Le Selleyer. Traité de l'excercice et l'extinction des actions 1880 III t. p. 503 ss. Henri Chomette. De l'amnistie dansses effets. 1898. p. 5.—13. Cabat. De l'amnistie. Paris 1904. p. 4 ss. Greenidge. The legal procedure of Cicero's time. 1897. p. 519 ss.

[4]) О примѣненіи амнистіи въ эпоху царей говоритъ Діонисій (III, 8), но



Древнѣйшими амнистіями республиканской эпохи были: амнистія сторонникамъ Тарквинія послѣ изгнанія его изъ Рима, дарованная по предложенію консуловъ Брута и Валерія, подъ условіемъ возвращенія въ Римъ въ теченіе 20 дней [1]), амнистія послѣ удаленія плебеевъ на Авентинскій холмъ, съ цѣлью вернуть ихъ въ городъ, амнистія сторонникамъ децемвировъ и, наконецъ, амнистія, дарованная возставшимъ солдатамъ гарнизона Капуи во время войны съ Самнитянами, чтобы репрессіями не вызвать новыхъ возмущеній [2]). Послѣ второй пунической войны, съ цѣлью предупредить волненія и изолировать Ганнибала, сенатъ предоставилъ амнистію народамъ Италіи, которые раньше поддерживали кареагенянъ [3]).

По свидѣтельству Ливія, органомъ, предоставлявшимъ амнистію въ этихъ случаяхъ, являлся сенатъ, постановленіе котораго представлялось, вѣроятно, на голосованіе центуріатныхъ комицій. Такія амнистіи были какъ бы гарантіями со стороны народа (fides publica), охранявшими отъ дальнѣйшаго преслѣдованія и наказанія [4]). Эти амнистіи (obliviones in perpetuum), связанныя съ знаменательными событіями римскаго государственнаго развитія, сложились подъ сильнымъ вліяніемъ греческихъ республикъ [5]). Главную роль играло торжественное

словамъ котораго Metius Suffetius предлагалъ римлянамъ амнистировать дѣянія альбанскихъ разбойниковъ, опустошившихъ, по совѣту Клюилія, римскія поля. Народъ согласился. Тогда Туллій Гостилій, въ силу предоставленной ему imperium, постановилъ, чтобы виновные не были выданы, а дѣянія ихъ покрыты забвеніемъ. Здѣсь такимъ образомъ народъ постановляетъ рѣшеніе, а царь является его исполнителемъ.

[1]) Dionysius V, 9, 11, 13. Это одинъ изъ рѣдкихъ примѣровъ условной амнистіи, вотированной народомъ.

[2]) T. Livius III, 53, VII, 41.

[3]) Dionysius XI, 46. Appian. Hannibal. 61.

[4]) Chomette. o. c. p. 7.

[5]) На это указываетъ отсутствіе римскаго обозначенія амнистіи; примѣнялось лишь греческое ἀμνηστία, ἄδεια. Объ амнистіи мы находимъ у Моммзена (S. 457—458) слѣдующія строки. „Болѣе широкое примѣненіе находило себѣ освобожденіе отъ уголовнаго преслѣдованія при внутреннихъ безпорядкахъ и гражданскихъ войнахъ. По праву мятежный гражданинъ, въ особенности если онъ поднялъ оружіе противъ своего законнаго правительства, стоитъ наравнѣ съ врагомъ государства, однако въ этихъ случаяхъ требованія правопорядка неосуществимы и участники мятежа государственнымъ актомъ освобождаются отъ



изъявленіе воли народа, а отдѣльныя формы въ теченіе римской исторіи неоднократно мѣнялись. Одной изъ нихъ была abolitio generalis. Юридическій характеръ этой мѣры до сихъ поръ споренъ [1]), что во многомъ объясняется тѣми измѣненіями, которыя испыталъ этотъ институтъ съ развитіемъ политическаго строя Рима. Историческое объясненіе его мы находимъ у Людера [2]). Какъ извѣстно, въ раннемъ уголовномъ правѣ Рима религіозный моментъ былъ весьма силенъ. Тяжкое преступленіе было оскорбленіемъ божества, и наказаніе являлось удовлетвореніемъ, которое должно было быть представлено божеству всѣмъ обществомъ. Публичный же моментъ въ уголовномъ правѣ былъ очень слабъ, что обнаруживается хотя бы въ томъ, что область политическихъ преступленій и публичный взглядъ на общеуголовныя преступленія развились лишь къ самому концу республиканскаго періода [3]). По мнѣнію древнихъ римлянъ, наказаніе требовалось божествомъ. Въ годины бѣдствій или послѣ междуусобицъ въ государствѣ все населеніе прибѣгало къ защитѣ боговъ и приносило имъ обильныя жертвы, чтобы расположить къ себѣ. При такихъ жертвоприношеніяхъ было въ обычаѣ освобождать заключенныхъ, чтобы и они принимали участіе въ моленіяхъ предъ богами, чтобы и они дѣлили общую радость въ случаѣ благополучнаго исхода. По окончаніи празднества освобожденные

преслѣдованія. Римское право требовало въ такихъ случаяхъ постановленія народа и не довольствовалось однимъ словомъ магистрата. При переходѣ отъ республики къ монархіи подобные акты исходили отъ сената, но именно потому, что сенатъ въ этотъ періодъ претендовалъ на суверенную власть. Слѣдуетъ замѣтить, для характеристики устойчивости римскаго правопорядка, что не только подобные акты рѣдко находятся въ лѣтописяхъ, но и что Римъ не выработалъ для нихъ прочнаго обозначенія; ἀμνηστία или ἄδεια,—греческія слова, хотя и не совершенно чуждыя римлянамъ, но никогда не бывшія техническими обозначеніями".

[1]) Geib. S. 552, Rein S. 275 и Lueder S. 21 считаютъ, что она заключалась въ вычеркиваніи всѣхъ обвиняемыхъ изъ списковъ и въ отсрочкѣ преслѣдованія. Davidson S. 8 смѣшиваетъ ее съ частной аболиціей. Cabat p. 9 приравниваетъ дѣйствіе ея къ дѣйствію амнистіи, имѣющей срочный характеръ.

[2]) Lueder. o. c. S. 19 ff. Mommsen. S. 457, прим. 2.

[3]) См. Черри. Развитіе карательной власти въ древнихъ общинахъ. Переводъ П. Люблинскаго. 1907, лекція III.

больше уже не наказывались, какъ бы въ виду того соображенія, что боги удовлетворены и въ своемъ довольствѣ забыли о ихъ винѣ—quibus eam opem dii tulissent [1]). Только если противъ нихъ возбуждалось новое обвиненіе, они снова брались подъ стражу. Впрочемъ, вѣроятно, позднѣе право возбужденія новаго обвиненія было ограничено 30-ью dies utiles, причемъ новое обвиненіе должно было быть возбуждено какимъ либо другимъ гражданиномъ, а не прежнимъ обвинителемъ [2]). Не совсѣмъ правильно говорить, что общая аболиція имѣла только характеръ процессуальной отсрочки: старое обвиненіе погашалось совершенно, но могло быть возбуждено новое преслѣдованіе за то же дѣяніе, вслѣдствіе слабаго развитія auctoritatis rei judicatae [3]). Однако несомнѣнно, что если народъ общей аболиціей хотѣлъ вызвать забвеніе прежнихъ преступленій, онъ, дѣйствуя въ качествѣ судьи, всегда могъ оправдать привлеченнаго къ суду послѣ аболиціи. То забвеніе прошлаго (oblivio in perpetuum), которое декретировалъ народъ послѣ тревожныхъ моментовъ своей жизни, нужно понимать какъ изъявленіе народомъ своей воли отказаться отъ всякаго возмездія по поводу его, это было *слово*, торжественное завѣреніе народа, отказывавшагося отъ репрессій [4]). Въ цѣляхъ же немедленнаго освобожденія привлеченныхъ къ суду, какъ однимъ изъ средствъ, пользовались имѣвшимся религіознымъ институтомъ общей аболиціи. И безнадежно было бы положеніе того смѣльчака, который, несмотря на общую волю народа, рѣшился бы преслѣдовать кого либо за старое: помимо оправданія противника, онъ рисковалъ бы возможностью обратнаго обвиненія. Аболиція такимъ образомъ не поглощала собою амнистіи, она была лишь однимъ изъ частичныхъ проявленій ея, юридической формой по отношенію къ привлеченнымъ къ

---

[1]) Livius V, 13.

[2]) L. 2 Cod. de gener. abolitione.

[3]) Greenidge, p. 519.

[4]) Icilius... plebem rogavit et plebs scivit, ne cui fraudi esset secessio ab decemviris facta (Dionys. 11, 46). Ne fraudi sit ei, qui populum ad contentionem vocarit (Cicero in Aen. 11, 708). Предоставлявшаяся гарантія называлась fides publica. Позднѣе она перешла къ сенату: Fides . . . qui potuit sine senatus consulto dari? (Cicero pro Rab. 10, 28).



суду, главный же центръ тяжести амнистіи, какъ государственной мѣры, лежалъ въ волѣ народа отказаться отъ всякихъ актовъ возмездія по поводу прошлаго, выражавшихся даже большею частью не въ актахъ уголовнаго преслѣдованія [1]). Амнистія была не институтамъ уголовнаго права, а актомъ верховнаго управленія народа [2]).

Но если мы установили, что аболиція прекращала только судебное производство, то какъ же обстояло съ амнистіей лицъ, уже осужденныхъ? Въ первое время республики едва ли могъ возникать по этому поводу вопросъ. Съ одной стороны, судя по приведеннымъ примѣрамъ, амнистія даровывалась до привлеченія къ отвѣтственности, когда случаевъ осужденія не было; съ другой—право суда и право помилованія было въ однихъ рукахъ, и народъ могъ всегда пользоваться имъ [3]). Позднѣе здѣсь развились особыя формы отмѣны приговора и реституція, на разсмотрѣніи которыхъ мы остановимся ниже.

---

[1]) Mommsen, Römisches Strafrecht. 1899. S. 455—459, относитъ возникновеніе публичной аболиціи лишь къ первому вѣку по Р. Х. „При принципатѣ только въ рѣдкихъ случаяхъ слѣдствіе пріостанавливалось законодательнымъ опредѣленіемъ, отчасти чтобы прекратить затянувшійся процессъ, отчасти вслѣдствіе злоупотребленій правомъ обвиненія. Но съ конца I в. появляется спеціальный законодательный актъ, издаваемый большею частью въ видѣ сенатскаго постановленія, а иногда и въ видѣ императорскаго указа, дарующій abolitio publica, сначала вслѣдствіе радостныхъ событій, потомъ по обычаю при пасхальныхъ торжествахъ. Эти акты предписывали судамъ прекращать начатые процессы, съ отдѣльными исключеніями, къ которымъ обыкновенно относились дѣла, влекущія казнь. Это прекращеніе порою приносило пользу не только обвиняемому, но и обвинителю, находившемуся подъ угрозой строгой отвѣтственности. Впрочемъ, обвинителю предоставлялось въ теченіе 30 дней возобновить процессъ“. По нашему мнѣнію, въ этомъ отрывкѣ Моммзенъ обрисовалъ лишь позднѣйшую стадію, упустивъ изъ виду болѣе раннія ступени, когда abolitio еще не называлась, въ отличіе отъ abolitio privata, abolitio publica.

[2]) Однако не вполнѣ правильно отрицать всякую связь между amnestia и abolitio generalis, какъ это дѣлаетъ Chomette, p. 11.

[3]) Plochmann, S. 16, справедливо замѣчаетъ: „пока римскій народъ самъ отправлялъ судъ относительно crimina publica, о помилованіи въ собственномъ смыслѣ не могло быть рѣчи, потому что народъ, которому только это право могло бы быть предоставлено, имѣлъ возможность не приводить его въ коллизію со своимъ собственнымъ приговоромъ“.



Вотировалъ общую аболицію сенатъ и только впослѣдствіи, когда же онъ лишился всей своей политической власти, функція эта перешла къ императорамъ, слившись съ другими полномочіями ихъ по помилованію [1]). Суду право аболиціи не принадлежало никогда. Только въ Іудеѣ, вслѣдствіе особыхъ религіозныхъ условій, дѣлались отступленія отъ этого правила [2]).

Что касается дѣйствія общей аболиціи, то она погашала само преступленіе, т. е. всѣ вытекающія изъ него правоограниченія. Abolitio est deletio, oblivio vel extinctio accusationis— говоритъ Павелъ [3]). Впрочемъ, такое погашеніе было дѣйствительно, поскольку не возбуждалось новаго обвиненія въ теченіе 30 дней. Такъ извѣстно, что убійцы Цезаря, несмотря на объявленную имъ въ 44 г. сенатомъ аболицію, были позднѣе привлечены къ суду и осуждены [4]).

II. Abolitio generalis, возникшая на религіозной почвѣ, съ ходомъ государственнаго развитія, постепенно теряла свои религіозныя основанія и пріобрѣтала характеръ чисто политическій. Наряду съ нею стали возникать другіе виды аболиціи—abolitio privata и abolitio ex lege. Первая состояла въ прекращеніи обвиненія съ позволенія судьи или, позднѣе, императора; это позволеніе даровалось въ пользу обвинителя, неосторожно возбудившаго какое либо обвиненіе и опасавшагося обратнаго преслѣдованія со стороны оправданнаго подсудимаго. Въ противоположность этой частной аболиціи, являвшейся милостью для обвинителя, общая аболиція, дававшаяся въ общественныхъ интересахъ, стала называться abolitio publica. Abolitio ex lege—третій видъ аболиціи—состояла въ прекращеніи обвиненія судьей на основаніи прошенія обвиняемаго, вслѣдствіе смерти обвинителя или формальной неправильности обвиненія [5]). Эти новые виды, конечно, не имѣли отношенія къ амнистіи, но отмѣтить ихъ здѣсь необходимо, чтобы не

---

1) L. 2 Cod. de gener. abolitone.
2) Lueder. S. 22.
3) Sententiarum liber V tit. 17, 1.
4) Greenidge. p. 525.
5) Lueder, p. 24, 30.

впасть въ заблужденіе вслѣдствіе возможнаго ихъ смѣшенія [1]).

Характерной чертой, которую пріобрѣла публичная аболиція въ этотъ второй періодъ, является ея *индивидуальный* характеръ. Она предоставляется уже отдѣльнымъ лицамъ за политическія преступленія. Такъ, слѣдуетъ отмѣтить аболицію убійцъ Цезаря [2]), о которой мы говорили, аболиціи солдатъ Антонія при сложеніи оружія [3]) аболицію сенаторовъ, вербовавшихъ войска во время гражданской войны [4]). Эти аболиціи иногда назывались амнистіями [5]). Изъ коллективныхъ аболицій слѣдуетъ отмѣтить дарованную Цезаремъ послѣ побѣды надъ своими врагами въ 49 г. до Р. Х. [6]). Органомъ, вотировавшимъ аболицію, по прежнему былъ сенатъ.

Но центръ тяжести въ амнистіяхъ этого времени перемѣстился съ дѣлъ, еще нерѣшенныхъ, на дѣла уже оконченченныя, на постановленные приговоры [7]). Правосудіе, организованное на началахъ quaestiones perpetuae, до крайности проникнутое демократическимъ духомъ и поддававшееся вмѣстѣ съ тѣмъ всевозможнымъ политическимъ вліяніямъ, часто становилось игралищемъ въ рукахъ господствующей партіи, и приговоры его вносили терроръ и разгромъ въ ряды противниковъ ея. Понятно, что съ торжествомъ послѣднихъ прежніе приговоры кассировались, и осужденные возстановлялись въ правахъ. По аналогіи съ цивилистическимъ институтомъ restitutio in integrum, подобная мѣра получила названіе restitutio damnatorum. Эта реституція являлась видомъ помилованія, по своей формѣ и своимъ послѣдствіямъ болѣе всего приближавшимся къ совре-

---

[1]) См. выше по поводу мнѣнія Mommsen. S. 455.

[2]) Appian. Hann. 4, 94.

[3]) Cicero. Phil. 5, 12, 34.

[4]) Dio Cass. XLIX, 43. Имъ была дарована аболиція, по которой они не могли были быть привлечены къ суду на основаніи lex Cornelia de sicariis.

[5]) Mommsen. o. c. S. 458 прим. 1.

[6]) Sueton. Caesar. 41, Dio Cass. XLIII, 27.

[7]) Акты coercitio magistratuum могли быть отмѣнены по усмотрѣнію самаго же магистрата, и поэтому не вызывали необходимости въ самостоятельномъ правовомъ институтѣ реабилитаціи. Неизмѣняемостью пользовались лишь приговоры комицій, а позднѣе quaestionum perpertuarum. Mommsen. S. 479.

менной амнистіи. Она касалась почти исключительно политическихъ преступленій, распространялась не только на лицъ, осужденныхъ въ судебномъ порядкѣ, но и на подвергнутыхъ административнымъ взысканіямъ (особенно ссылкѣ [1]), влекла за собою не только отмѣну наказанія, но и возстановленіе гражданскаго довѣрія, возвращеніе отнятаго имущества и всѣхъ правъ [2]). Предоставлялась реституція, подобно амнистіи въ современной Франціи, или народными комиціями посредствомъ *закона* или посредствомъ новаго судебнаго разсмотрѣнія дѣла [3]). Только суверенный народъ могъ лишить силы свои приговоры и возстановить прежнее состояніе; даже всемогущій Цезарь, желая амнистировать въ 49 г. до Р. X. пострадавшихъ отъ прежняго режима, не рискнулъ сдѣлать это suo beneficio, а обратился къ народу за beneficium legis. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ преторы и плебейскіе трибуны вносили въ народное собраніе rogationes de restituendo [4]). Для каждаго предложенія требовалась мотивировка [5]). Иниціаторами подобныхъ законовъ въ большинствѣ случаевъ выступали трибуны [6]).

При предоставленіи реституціи слѣдовало различать случаи уничтоженія приговора: 1) постановленнаго самими комиціями и 2) постановленнаго различными quaestiones. Въ первомъ случаѣ дѣло могло бы представиться какъ отмѣна самимъ судомъ постановленнаго прежде приговора. Въ качествѣ при-

---

[1]) Изъ отдѣльныхъ болѣе раннихъ примѣровъ возвращенія изъ ссылки отмѣтимъ возвращеніе Коріолана (Dionysius VIII, 21), Камилла (Livius V, 46), Qu. C. Metellus (Livius LXIX), Popilius Laenas (Cicero post red. in Senatum 15).

[2]) L. 4 C. de bonis proscriptis 9, 49, L. 7 § 3 C. de rescind. vend. 4, 44.

[3]) „Для допущенія кассированія приговоровъ, постановленныхъ комиціями и присяжными, необходимо было всемогущество народа, выразившееся въ видѣ закона. Но если отвлечься отъ безпорядковъ послѣдняго столѣтія существованія республики, то полномочіе это даже гражданами признавалось ограниченнымъ... Самъ народъ сначала не примѣнялъ этого политическаго полномочія“. Mommsen. S. 481.

[4]) Cicero. Post red. in Sen. 15, 38. Greenidge p. 522.

[5]) Cicero. Phill. II 23, 56.

[6]) Массовыя реституціи предоставлялись по греческому образцу. Первой массовой реституціей была амнистія участниковъ междуусобной войны въ 88 г. до Р. X. Второй была упоминаемая выше реституція по инниціативѣ Цезаря.



мѣровъ такой реституція Цицеронъ приводитъ приговоры надъ Kaeso Quinctius, M. Furius Camillus, M. Servilius Ahala, по которымъ они были изгнаны раздраженнымъ народомъ, и впослѣдствіи, съ возстановленіемъ спокойствія, амнистированы [1]). Позднѣе *плебисцитомъ* былъ амнистированъ Попилій, изгнанный постановленіями комицій по предложенію Кая Гракха [2]). Этотъ исключительный характеръ послѣдняго случая объясняется вліяніемъ народнаго трибуна на само изгнаніе [3]). Точно также самъ Цицеронъ, изгнанный плебисцитомъ, послѣ предложенія трибуна о реституціи, былъ амнистированъ центуріатскими комиціями [4]). Здѣсь такимъ образомъ важно было согласіе между обоими народными собраніями: собраніемъ плебеевъ и комиціями [5]). Случаи возстановленія лицъ, осужденныхъ квестіями, наблюдаются съ 88 г. до Р. Х., когда трибунъ Публій Сульфицій Руфъ впервые провелъ законъ объ амнистированіи осужденныхъ коммисіей Варія, сославшись на техническую неправильность организаціи коммисіи, при которой изгнанные по суду должны считаться какъ бы насильственно высланными [6]). Этотъ lex Calpurnia послужилъ въ дальнѣйшемъ основаніемъ для проведенія другихъ подобныхъ амнистій [7]). Наконецъ, посредствомъ закона возможно было возвращеніе въ страну лицъ, изгнанныхъ посредствомъ aquae et ignis interdictio [8]).

---

[1]) Cicero, pro Domo 32, 86.

[2]) Cicero. Brut. 34, 128, ad Quir. post. red. 4, 10.

[3]) Greenidge p. 521.

[4]) Cicero. ad Attic. IV, 1, 4. До своей амнистіи Цицеронъ былъ противникомъ примѣненія реституціи; послѣ нея взглядъ его измѣнился (Phil. 11, 5, 11).

[5]) Mommsen S. 482 полагаетъ, что примѣненіе такой чрезвычайной мѣры, какъ кассація приговоровъ, было весьма рѣдкимъ. „Если оставить въ сторонѣ нѣсколько исторически недостовѣрныхъ случаевъ (куда онъ относитъ и разсказы о Camillus, Kaeso Quinctius), то до эпохи Суллы отмѣна въ комиціяхъ приговоровъ, постановленныхъ народомъ или присяжными противъ отдѣльныхъ лицъ, имѣла мѣсто не болѣе трехъ разъ“. Вполнѣ достовѣрной Mommsen признаетъ лишь реституцію Попилія.

[6]) Nam non exules, sed vi ejectos se reducere aiebat (Auct. ad Herenn. II, 28, 45).

[7]) См. подробнѣе Greenidge. o. c. p. 521—2.

[8]) Такъ, послѣ того какъ Марій съ 11 своими сторонниками былъ, какъ

Такимъ образомъ во второй періодъ развитія, къ концу республиканской эпохи, амнистія, въ формѣ публичной аболиціи и реституціи, пріобрѣтаетъ политическій характеръ, она становится орудіемъ партій. Органами предоставленія ея являются сенатъ и народное собраніе. Преобладающимъ остается все же публичный интересъ, хотя амнистія и пріобрѣтаетъ характеръ индивидуальной мѣры. Она вотируется въ формѣ закона. Несомнѣнно, что при злоупотребленіяхъ властью въ этотъ періодъ возможны были ненормальности, и Цицеронъ уже жаловался, что постоянныя реституціи подрываютъ благополучіе государства [1]). Но при ближайшемъ разсмотрѣніи мы видимъ, что эта форма была единственно возможной въ республикѣ, такъ какъ самъ народъ гарантировалъ прочность политическихъ устоевъ своимъ рѣшеніемъ. Эта форма и является источникомъ рецепціи для современной Европы, хотя сущность этой формы до сихъ поръ оставалась невыясненной въ литературѣ.

III. Въ императорскую эпоху старыя формы амнистіи хотя и сохраняются, но постепенно теряютъ свое политическое значеніе; наряду съ ними возникаютъ новыя, въ которыхъ рѣшительное значеніе имѣетъ индивидуальная воля императоровъ. Амнистія начинаетъ приближаться къ простому помилованію, она теряетъ характеръ мѣры, допускающейся лишь въ области политическихъ преступленій, а становится общей

hostis, изгнанъ изъ Рима, Цинна пытался провести въ комиціяхъ законъ объ ихъ возвращеніи, правда безуспѣшно (въ 87 г. до Р. Х.). Въ 43 г. до Р. Х. Октавіанъ добился отъ народа снятія отлученія съ Dolabella и возвращенія его въ Римъ. Такой же характеръ носилъ lex Plotia de reditu Lepidanorum, т. е. объ амнистіи лицъ, послѣдовавшихъ за Лепидомъ и объявленныхъ hostes. Подробности у Greenidge. p. 524.

[1]) Cicero pro Sulla 22, 63 „status enim rei publicae maxime iudicatis rebus continetur"; in Verrem. V, 6, 12: „Perditae civitates desperatis jam omnibus rebus hos solent exitus exitiales habere, ut damnati in integrum restituantur, vincti solvantur, exules reducantur, res judicatae rescindantur". Онъ называлъ амнистіи— „civitatum afflictarum extremi exitiorum exitus". Впрочемъ, ему самому пришлось испытать на себѣ дѣйствіе амнистіи (см. выше). Цезарь называлъ амнистіи— perniliosae leges—опасными законами (Liv. Ep. LXXVII). Такому мнѣнію во многомъ способствовалъ примѣръ греческихъ республикъ, дошедшихъ до полнаго упадка отчасти благодаря чрезмѣрно частому примѣненію амнистіи.

милостью, даруемой по поводу какого либо радостнаго событія или религіознаго праздника. Въ концѣ концовъ, при христіанскихъ императорахъ, императорская власть сосредоточиваетъ у себя всѣ права помилованія и амнистіи и сливаетъ эти формы въ общемъ понятіи верховной милости.

Такъ, въ императорское время хотя и продолжали существовать общая аболиція и реституція, но роль народа въ предоставленіи ихъ сильно уменьшилась. Первые императоры при назначеніи аболиціи еще обращались въ Сенатъ [1]), позднѣйшіе же, когда Сенатъ лишился и тѣни своего могущества, предоставляли аболицію единолично [2]). Въ провинціяхъ право аболиціи принадлежало намѣстникамъ [3]). Основаніями для аболиціи стали торжественные случаи разнаго рода, лишенные однако политическаго значенія [4]). Si interviente publica abolitione ex senatusconsulto (ut fieri adsolet), vel ob laetitiam aliquam, vel honorem domus divinae, vel ex aliqua causa, ex qua senatus censuit abolitionem reorum fieri [5]). Позднѣе особенно

---

[1]) L. 2 Cod. de generali abol. L. 12 D. ad sct. Turpillianum.

[2]) См. Geib. Geschichte. S. 572, Lueder S. 21.

[3]) Cicero. In Verrem. V. 6, 13. Слѣдуетъ также вспомнить здѣсь помилованіе Христа или Варравы, предложенное намѣстникомъ Іудеи Пилатомъ по поводу Пасхи. Намѣстникъ привлекъ для рѣшенія вопроса о помилованіи народъ.

[4]) Впрочемъ, массовыя помилованія политическаго характера, приближающіяся къ амнистіи, происходили обыкновенно послѣ низверженія тиранническаго императора, чтобы по возможности загладить послѣдствія искаженнаго правосудія. Mommsen S. 485 насчитываетъ около 10 такихъ амнистій императоровъ Августа, Клавдія, Гальбы, Веспасіана, Нервы, Гордіана, Константина и др. Иногда потребность въ амнистіи была крайне сильна. Такъ напр. епископъ Флавій, прося о помилованіи Антіоха, напоминаетъ императору Теодозію одно изъ мѣстъ его эдикта объ амнистіи, гласившее: „Utinam mihi et mortuos revocare atque ad pristinam vitam reducere liceret“ (Joan. Chrys. Ad populum). См. Le Sellyer. Traité de l'exercice et de l'extinction des actions. 1877. p. 506. Это мѣсто должно служить вѣчнымъ напоминаніемъ этической возмутительности смертной казни въ области политическихъ преступленій. Изъ отдѣльныхъ примѣровъ далѣе можно указать на амнистію, дарованную Калигулой, добивавшимся популярности, всѣхъ преступленій, совершенныхъ до вступленія его на престолъ (Светоній. Калигула, 15), амнистію Клавдія по отношенію ко всѣмъ преступленіямъ, учиненнымъ ради возстановленія республики (Светоній. Клавдій, 11) и, наконецъ, амнистію Марка Аврелія по поводу его побѣды надъ Зенобіемъ, касавшуюся политическихъ преступленій (Flavius Vopiscus. Vita Aurelii, 39). Подробнѣе Chomette. p. 9.

[5]) Ulpianus 1. 12. Dig Ad. Sctum. Turpillianum.



частой стала аболиція по поводу Пасхи. Эдактомъ Валентиніана подобная аболиція стала даже общимъ правиломъ и производилась сама собою, безъ особаго предписанія каждый разъ [1]).

Продолжала примѣняться и реституція, производившаяся теперь императорскою властью; впрочемъ, иногда спрашивалось мнѣніе Сената, чтобы произвести ее auctoritate senatus [2]).

Но указаніе на примѣненіе этихъ формъ встрѣчается рѣдко, онѣ отступили совершенно на второй планъ предъ широкимъ и неограниченнымъ правомъ помилованія—индульгенціи. Нѣкоторые авторы [3]) усматриваютъ первоначальный источникъ индульгенціи въ правѣ интерцессіи, принадлежавшемъ народнымъ трибунамъ: перенеся къ себѣ власть этихъ магистратовъ, императоры получили и право интерцессіи—пріостановки судебнаго производства. Но въ то время какъ интерцессія трибуновъ распространялась лишь на годъ пребыванія ихъ въ должности, интерцессія императоровъ была дѣйствительна на все время ихъ царствованія, такъ что фактически окончательно погашала преслѣдованіе. Indulgentia nostra crimina extinxit [4]). Этому взгляду противорѣчитъ лишь то, что индульгенція, въ противоположность интерцессіи, могла также смягать или отмѣнять наказаніе. Но если и нельзя установить непосредственной преемственной связи, то все же можно думать, что подобное право помилованія образовалось подъ вліяніемъ права интерцессіи [5]).

Indulgentia generalis предоставлялась уже почти исключительно по поводу отдѣльныхъ событій въ жизни императора: при вступленіи на престолъ, при радостномъ событіи въ семьѣ

---

[1]) L. 8. Cod. Theod. de ind. crim. L. 3. Cod. de episc. 1, 4. см. Lueder. S. 22.

[2]) Tacitus. Annal. III, 18, IV, 31. См. Lueder. S. 50. Mommsen. S. 484.

[3]) Geib. S. 571, Lueder S. 45, смѣшивающій индульгенцію съ аболиціей въ данномъ вопросѣ, Plochmann. S. 20. Cabat. p. 8.

[4]) L. 2. c. De generali abolitione.

[5]) Между этими правами была тѣсная связь. Такъ историки (Dion. Cassius кн. III, 32, Sueton. Vespasianus, 16) сообщаютъ, что императоры злоупотребляли правомъ intercessio и пріостанавливали уголовное преслѣдованіе произвольно по самымъ различнымъ причинамъ, иногда даже изъ-за соображеній выгоды, чтобы побудить обвиняемыхъ покупать отъ нихъ помилованіе.

его и пр. [1]). Она не погашала преступленія, а только смягчала или отмѣняла наказаніе; позорящія послѣдствія преступленія, ограниченія имущественныхъ и личныхъ правъ, какъ partia potestas, testamentificatio, конфискація, обыкновенно оставались [2]), хотя, впрочемъ, и они, кромѣ развѣ инфаміи [3]), могли быть сняты специальной оговоркой [4]). Являясь милостью, даруемой добрымъ подданнымъ, индульгенція исключала отъ помилованія наиболѣе тяжкихъ преступниковъ, въ числѣ которыхъ на первомъ мѣстѣ стояли преступники политическіе. Такъ исключались виновные въ оскорбленіи Величества, въ измѣнѣ, въ казнокрадствѣ и пр. [5]). Съ теченіемъ времени изъятій становилось все больше и больше, такъ что общія индульгенціи фактически сводились къ очень ограниченной милости для легчайшихъ преступленій [6]). При христіанскихъ императорахъ общія помилованія стали весьма частыми; проникнутые гуманнымъ духомъ императоры освобождали отъ наказанія при первомъ удобномъ случаѣ [7]). Но въ эту эпоху политическій характеръ амнистіи, какъ самостоятельнаго правового института, исчезъ окончательно, и въ памятникахъ акты общаго помилованія, воспроизведеніе которыхъ представляютъ наши современные Высочайшіе манифесты, безразлично носятъ названія amnestia, deprecatio, oblivio, venia, indulgentia.

Краткіе выводы, которые можно сдѣлать изъ разсмотрѣ-

---

[1]) Geib. S. 571.

[2]) При реституціи частно-правовыя послѣдствія преступленія отпадали: neque sui, neque legitimi heredis jus ammitunt,... si per omnia in integrum indulgentia principis restituantur. Paulus 4, 8, 22.

[3]) Indulgentia, quos liberat, notat: nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit (L. 3 C. De generali abolitione). Mommsen, S. 486.

[4]) L. 2 Dig. de Senitor. 1, 9. L. 24 Dig. ad legem Jul. de adulter. L. 13 Cod. de Sent. pass. 9, 51. L. 21 Dig. de jure patron. 37, 14. L. 1 § 9 Dig. de bon. poss. 37, 4 и друг.

[5]) L. 3 Cod. De abolitionibus. Впрочемъ, эти исключенія не могли быть постоянными, такъ какъ при частой смѣнѣ монарховъ, законодательная власть не могла связывать саму себя. Mommsen. S. 484.

[6]) Geib. S. 574. L. 3, 4, 6, 7, 8 C. Th. de indulg. crim. L. 2 § 1. de custodia. reorum и друг.

[7]) См. у Geib. o. c. S. 571 отзывы объ отдѣльныхъ императорахъ, которымъ ставилось въ упрекъ или въ заслугу частое примѣненіе индульгенцій.

нія исторіи амнистіи въ Римѣ, показываютъ намъ, что развитіе политической жизни привело къ необходимости конструировать амнистію какъ актъ законодательный, въ изданіи котораго принималъ участіе народъ чрезъ посредство народныхъ собраній. Аболиція, предоставлявшаяся чрезъ сенатъ, также въ конечной своей санкціи, опиралась на мнѣніе народа, такъ какъ юридически она устанавливала только отсрочку преслѣдованія, и только въ томъ случаѣ, если народъ отказывался отъ осужденія, она превращалась въ погашеніе его. Дѣйствіе отдѣльныхъ формъ амнистіи совершенно изглаживало всѣ правоограниченія, являвшіяся послѣдствіемъ учиненнаго дѣянія, не только уголовнаго характера (въ отличіе отъ помилованія). Наконецъ, возникнувъ на религіозной подкладкѣ, амнистія пріобрѣтаетъ позднѣе значеніе почти исключительно въ области политическихъ преступленій, гдѣ она стѣсняла чрезмѣрныя репрессіи отдѣльныхъ партій, являясь „предохранительнымъ клапаномъ" отъ постоянныхъ гражданскихъ междуусобицъ. Словомъ, она во многомъ приближалась къ современной французской конструкціи съ тѣмъ лишь различіемъ, что она въ большей степени была индивидуальной и ближе стояла къ судебной власти народа. Въ императорскую эпоху мы наблюдаемъ паденіе этого института; онъ расплывается въ широкомъ правѣ коллективнаго помилованія, примѣненіе котораго начинаетъ служить цѣлямъ укрѣпленія императорской власти и подъема религіозныхъ чувствъ, какъ опоры теократическаго Византійскаго государства. Всѣ права помилованія и амнистіи переходятъ къ императору, какъ къ суверену, и эта полнота власти является образцомъ для монарховъ абсолютистической Европы въ началѣ новаго времени.

Глава II.

Развитіе амнистіи во Франціи [1]).

Франція явилась воскресительницею тѣхъ правовыхъ началъ амнистіи, которыя были выработаны въ Римѣ. Но пол-

[1]) Разработку исторіи амнистіи во Франціи см. F. Helie Traité d'inst. crim. 1866 t. II. № 1086; Mangin. Traité de l'action publique. 1876. t. II. p. 305—



ному развитію ихъ предшествовалъ долгій періодъ постепеннаго созрѣванія. Право амнистіи медленно выливалось въ юридическую форму изъ сферы полнаго усмотрѣнія королевской власти. Изученіе этого процесса имѣетъ не только историческій интересъ, оно необходимо и для пониманія различныхъ ограниченій, внесенныхъ въ современную конструкцію амнистіи во французскомъ законодательствѣ.

Исторію амнистіи можно начать лишь съ той стадіи развитія уголовнаго права, на которой преступленіе пріобрѣтаетъ характеръ публичнаго посягательства и вызываетъ непосредственную реакцію государственной власти. При господствѣ взгляда на преступленіе, какъ на нарушеніе частныхъ интересовъ, только потерпѣвшей сторонѣ принадлежитъ право отказа отъ преслѣдованія, право даровать милость преступнику. Такую именно систему уголовнаго права мы застаемъ въ франкскій періодъ французской монархіи. Большинство преступленій были частными, и только государственная измѣна, оскорбленіе величества, мятежъ противъ короля влекли публичную кару, которая, однако, далеко не покоилась исключительно на однихъ правовыхъ основаніяхъ; король могъ миловать, но эта милость каждый разъ имѣла свои границы въ правахъ частныхъ лицъ. Но уже и въ этотъ періодъ въ цѣляхъ умиротворенія отдѣльныхъ мѣстностей, городовъ, отрядовъ, отчасти подъ вліяніемъ торжественныхъ событій, отчасти по совѣту духовенства, франкскіе короли предоставляли иногда коллективное помилованіе за политическія преступленія [1]).

---

313. Le Sellyer Traite de l'extinction des actions publiques et privées 1880. p. 503—583; Chomette De l'amnistie 1898. p. 12—39; Cabat. De l'amnistie 1904. p. 11—30. Repertoires de Merlin, Morin, Dalloz, Fugier-Hermann. Garraud. Traité du droit pénal. 1898. t. II. p. 448. Изъ болѣе старыхъ Rousseau de la Combe. Matière criminelle. ch. 14, № 22. Jousse Traité de la justice criminelle t. II. part. III. Ch. 2. p. 409. Muyart de Vouglans. Instituts criminels., part III. ch. 4 p. 104. Pothier. Traité de la procedure crim. VII § 2 p. 410.

[1]) Такъ въ 574 г. Сигдебертъ, король Австразіи, по просьбѣ брата своего Хильперика, предоставилъ общее помилованіе городамъ Туръ, Пуатье, Лиможъ и Кагоръ. Въ 582 г. Хильперикъ въ ознаменованіе рожденія своего сына Теодо-



При Каролингахъ амнистіи сохраняютъ характеръ коллективной милости. Эта форма, по всей вѣроятности, перешла къ нимъ посредствомъ подражанія практикѣ византійскихъ императоровъ. Особенно много такихъ амнистій было при Карлѣ Лысомъ [1]).

Съ конца IX вѣка королевская власть начинаетъ терять свои привилегіи, уступая ихъ феодальнымъ властителямъ; право помилованія, не дифференцированное отъ амнистіи, начинаетъ осуществляться уже почти независимыми сеньерами. Такъ дѣло обстоитъ до XIV вѣка, пока, наконецъ, королевская власть не сосредоточиваетъ снова въ своихъ рукахъ главнѣйшихъ судебныхъ функцій [2]).

Формы отмѣны наказанія по верховной волѣ короля получили въ этотъ періодъ весьма различныя выраженія. Главнѣйшими формами были *remission* и *abolition générale*, очень приближающіяся къ современнымъ амнистіямъ. „Общее отпущеніе наказаній—говоритъ Chommette [3])—предоставлялось провинціи, коммунѣ или партіи послѣ войны или возстанія, или даже какой-либо категоріи заключенныхъ по поводу какого-либо событія въ королевской семьѣ; по поводу пріѣзда короля въ городъ, или по поводу какихъ-либо годовыхъ праздниковъ“. Lettres de remission подписывались или скрѣплялись королемъ въ его совѣтѣ; ордонансъ 1359 г. сдѣлалъ даже

риха освобождаетъ изъ тюрьмы всѣхъ заключенныхъ и снимаетъ наложенные штрафы. Точныя ссылки см. Cabat p. 12, Chomette p. 14.

[1]) Такъ въ 851 г. Карлъ, Людовикъ и Лотарь, сыновья Карла Великаго, предоставляютъ общее помилованіе своимъ взаимнымъ врагамъ; въ 856 г. Карлъ Лысый предоставляетъ условную амнистію подданнымъ, виновнымъ въ нарушеніи вѣрности ему, если они признаются на судѣ въ своей винѣ; въ 860 г. общимъ помилованіемъ закончилась война между Карломъ Лысымъ и Людовикомъ.

[2]) Формально право помилованія было закрѣплено исключительно за королемъ хартіей 1308 г., изданной Филиппомъ Красивымъ. При Карлѣ V это право короля признавалось уже неотъемлимымъ. Bouteiller (Somme rurale t. I), писатель того времени, повѣствуетъ: „Король Франціи, императоръ въ своемъ королевствѣ, можетъ издавать ордонансы, которые имѣютъ силу законовъ, можетъ устанавливать различныя конституціи а также освобождать, миловать, извинять отъ всякаго уголовнаго и гражданскаго нарушенія права, оказывать милость и уваженіе и осуществлять все вообще, что относится къ этому праву императоровъ“.

[3]) O. c. p. 15.



обсужденіе ихъ въ совѣтѣ существеннымъ условіемъ законной силы этого „письма". Этотъ королевскій указъ содержалъ въ себѣ обыкновенно слѣдующія части: 1) перечисленіе преступленій, учиненныхъ противъ короля или его подданныхъ; 2) мотивы, которые побудили короля „предпочесть милосердіе суровости правосудія"; 3) формулу отпущенія наказаній; 4) оговорку, сохраняющую за потерпѣвшими право отыскивать убытки; 5) перечень преступниковъ, не подлежащихъ помилованію; 6) приказъ королевскимъ чиновникамъ объ обнародованіи указа; 7) наконецъ, дату, печать и списокъ совѣтниковъ. На ряду съ общей ремиссіей существовала и спеціальная, являвшаяся какъ бы помилованіемъ или реституціей. Remission générale, подобно амнистіи, уничтожала всѣ послѣдствія предшествующихъ осужденій и мѣшала вчиненію новаго преслѣдованія за тѣ преступленія, которыя она имѣла въ виду изгладить. Ограниченіе усмотрѣнія короля, при предоставленіи remission, участіемъ совѣтниковъ было вызвано склонностью королей обратить эту привилегію въ источникъ обогащенія. Лица, получившія remission de la peine, должны были требовать выдачи особаго письма, предъявленіе котораго и обезпечивало за ними пользованіе милостью. Но для полученія его нужно было внести извѣстную сумму въ пользу короля, якобы въ уплату за печать. Въ актахъ Карла V мы находимъ множество lettres de remission, появленіе которыхъ можно объяснить только корыстолюбіемъ короля.

Возрожденіе классической старины вызвало къ жизни и формы римскаго права. На смѣну remission явились со времени Карла VI *abolition générale et abolition individuelle*. Старая форма ремиссіи потеряла свое значеніе и въ періодъ предъ революціей примѣнялась лишь какъ актъ освобожденія отъ преслѣдованія невольныхъ убійцъ или лицъ, преступившихъ велѣнія закона по крайней необходимости или при необходимой оборонѣ [1]). Общая ремиссія близко подходила къ той формѣ помилованія, которая въ Римѣ носила имя indulgentia generalis. Изъ дѣйствія ея обыкновенно исключались винов-

[1]) Ordonnance 1670. art. 2. Mangin. o. c. II p. 302.



ные „въ убійствѣ, коварныхъ и жестокихъ злодѣяніяхъ". Это создавало часто неудобство для королей и они рѣшили прибѣгнуть къ другой формѣ, гдѣ усмотрѣніе ихъ было бы меньше стѣснено. Этой формой и явилась аболиція [1]). Все внѣшнее различіе ея состояло въ замѣнѣ слова „remissons" болѣе сильнымъ выраженіемъ „abolissons". Но аболиція менѣе стѣсняла короля; король предоставлялъ ее въ любомъ объемѣ, вносилъ въ нее исключенія даже для отдѣльныхъ лицъ, сохранивъ всѣ выгодныя для себя условія [2]). Единственнымъ ограниченіемъ этого права было огражденіе правъ третьихъ лицъ на отысканіе убытковъ [3]). Въ болѣе позднее время измѣнилась и форма изданія аболиціи. Короли уже не прибѣгали къ совѣту и предоставляли ее не посредствомъ lettres de Chancellerie, a par édit ou brêvet, который прямо шелъ отъ короля. Этотъ указъ, чтобы получить силу, не нуждался въ провѣркѣ, а сразу вносился въ реестры городовъ и общинъ, которымъ даровалась аболиція [4]). Впослѣдствіи до обнародованія онъ сталъ заноситься въ реестръ парламента.

Въ XV вѣкѣ аболиціи давались исключительно по почину короля [5]), но съ XVI вѣка иниціативу въ изданіи ихъ часто

---

[1]) Chomette p. 17. „Поройтесь въ архивахъ большой печати и вы увидите, что во всѣхъ царствованіяхъ помилованіе предоставлялось убійцамъ, хотя это было воспрещено. Только Chancelier Voisin отказался скрѣпить печатью актъ Людовика XIV о помилованіи убійцы". Le Sellyer. O. c. p. 616. Аболиція же обнимала и непогашаемыя преступленія—оскорбленіе величества, убійство и подлогъ. см. Hélie, t. II, p. 713.

[2]) Напр. Chomette p. 18 приводитъ слѣдующія оговорки: „Но мы предполагаемъ, что въ эту аболицію не будутъ включены Жаквиль и др.". Очень часто исключались лица, причинившія ущербъ казнѣ. Иногда, для примѣненія аболиціи ставилось условіе внести въ казну крупную сумму (Карлъ VI обѣщалъ аболицію жителямъ Парижа, если они уплатятъ ему 100.000 ливровъ; Карлъ VII взялъ съ жителей Бордо контрибуцію въ 100.000 экю за аболицію).

[3]) Такъ Bodin (Six livers de la république. 1599. l. I ch. IX) пишетъ: „государь не можетъ претендовать на чужое добро или дарить его безъ согласія собственника; и при всѣхъ дареніяхъ, милостяхъ, пожалованіяхъ, привилегіяхъ и актахъ государя всегда подразумѣвается оговорка, даже если бы она не была выражена: насколько этимъ не задѣты права третьихъ лицъ".

[4]) См. Le Sellyer p. 530.

[5]) Сюда относятся аболиція 1413 г. послѣ безпорядковъ въ Парижѣ, вызванныхъ соперничествомъ Bourguignons и Armagnacs, аболиція 1414 сторонни-



брали на себя генеральные штаты [1]), и это было первоначальной формой участія народа въ дарованіи амнистій, изъ которой развилась позднѣйшая французская система. Съ XVII вѣка акты общей аболиціи получаютъ уже названіе *амнистіи* [2]).

Значительнѣйшій законодательный памятникъ французскаго судопроизводства, ордонансъ 1670 г., молчитъ объ аболиціи, упоминая только о lettres de grâce—актахъ помилованія. Такое умолчаніе, вѣроятно, имѣло въ виду безмолвно дерогировать аболиціи, такъ какъ для явной отмѣны королевской прерогативы амнистированія у составителей не хватало смѣлости. О такой затаенной цѣли мы можемъ судить, по крайней мѣрѣ, изъ рѣчи Lamoignon въ коммисіи, выработывавшей проектъ этого ордонанса. „Lettres d'abolition—говоритъ онъ—не являются актомъ правосудія; само слово abolitio означаетъ абсолютную власть, которая колеблетъ законы и лишаетъ дѣйствія акты публичнаго возмездія" [3]). Амнистія на практикѣ [4]), однако, продолжала примѣняться, хотя юри-

камъ Герцога Бургундскаго, аболиція 1419 послѣ гражданскихъ междуусобицъ, аболиція 1448 жителямъ Périgord, наконецъ, аболиція 1513 послѣ безпорядковъ въ Бордо. Cabat. p. 15.

[1]) Такъ, въ 1560 г. États Généraux въ Орлеанѣ и Понтуазѣ потребовали предоставленія амнистіи еретикамъ. На слѣдующій годъ Карлъ IX въ Amboise даровалъ имъ общую аболицію. Въ 1576 г. подобное же требованіе было заявлено États de Blois и было удовлетворено. Наиболѣе широкой изъ королевскихъ амнистій былъ эдиктъ Генриха IV, желавшаго по возвращеніи своемъ въ Парижъ возстановить въ королевствѣ гражданскій и религіозный порядокъ. Онъ предоставилъ въ 1594 г. полную амнистію всѣмъ политическимъ преступникамъ подъ условіемъ клятвы вѣрности королю. Подобныя же аболиціи получили всѣ города, подчинившіеся Парижу. Chomette p. 19.

[2]) Названіе это во Франціи сложилось еще въ XVI в. Въ литературѣ оно впервые было употреблено Rabelais, отъ котораго позднѣе перешло въ юридическій языкъ. Chomette p. 20.

[3]) Цит. по F. Hélie, o. c. p. 713. Изъ современныхъ ордоннансу 1670 г. писателей Pothier не упоминаетъ объ амнистіи въ числѣ прерогативъ короля. Изъ новыхъ авторовъ Cabat и Chomette не выражаютъ сомнѣнія въ правѣ короля на амнистію по ордоннансу 1670 г., считая что невнесеніе ея въ законъ обусловливалось болѣе широкимъ характеромъ этой мѣры, чѣмъ процессуальный.

[4]) Такъ, слѣдуетъ отмѣтить амнистію, данную Людовикомъ XIV послѣ Фронды, которая положила конецъ распрямъ между герцогомъ д'Эпернонъ и Парламен-

сты того времени уклонялись отъ признанія ея законной [1]). Однако дѣйствіе ея было менѣе широко, чѣмъ дѣйствіе современныхъ амнистій: она только отмѣняла акты преслѣдованія и карательныя послѣдствія [2]). Въ этотъ періодъ къ амнистіи стали относить и погашеніе недоимокъ чиновниковъ или частныхъ лицъ по долгамъ королю за предоставленныя имъ права [3]).

На ряду съ общей аболиціей продолжали примѣняться и частныя, которыя могли быть предоставлены во всѣхъ случаяхъ, кромѣ обвиненія въ дуэли, предумышленномъ убійствѣ, грабежѣ и насиліи надъ должностными лицами. Сначала примѣненіе ихъ сопровождалось большими злоупотребленіями, но позднѣе изданію ихъ сталъ предшествовать судебный розыскъ, и парламенты могли примѣнять lettres d'abolition particulière только въ томъ случаѣ, когда содержаніе ихъ стояло въ соотвѣтствіи съ добытыми уликами. Etats généraux неоднократно возставали противъ нихъ, но несмотря на это, частныя аболиціи продолжали примѣняться до самой революціи [4]). Lettres de pardon, смягчавшія наказаніе для второстепенныхъ участниковъ преступленія, и lettres de justice, являвшіяся особымъ средствомъ оправданія, употреблявшіяся при старомъ

томъ; амнистію 1698 г. тайнымъ торговцамъ солью, которая была предоставлена съ оговоркой, что если они вновь займутся своимъ воровскимъ дѣломъ, то жестоко будутъ наказаны, какъ рецидивисты. Въ XVIII в. амнистіи были дарованы по поводу религіозныхъ разногласій янсенитовъ съ молинистами въ 1754, 1756 и 1771 г.г., въ 1749 г. была дарована амнистія возставшимъ въ Ліонѣ рабочимъ шелко-прядильныхъ фабрикъ; давались, наконецъ, амнистіи дезертирамъ послѣ окончанія войны. См. Cabat, p. 16, 17. Chomette, p. 21.

[1]) Такъ Rousseau de Lacombe (Matières criminelles n. 22) говоритъ: „король предоставляетъ городу, провинціи или обществу аболицію за учиненное противъ его интересовъ, повелѣній или авторитета дѣяніе; эту милость называютъ амнистіей; мы должны *слѣпо* подчиняться тому, кто предписываетъ амнистію посредствомъ писемъ (lettres) или указовъ (arrêts), не входя въ разборъ основаній ея". Здѣсь говорится не о правѣ, а о фактическомъ подчиненіи силѣ. Другой писатель Rodière пытается обосновать амнистію общими соображеніями: „было бы странно, чтобы тотъ, кто можетъ снять оковы съ осужденнаго, не могъ бы прекратить ареста обвиняемаго или разсѣять страхъ преслѣдованія".

[2]) Впрочемъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ извѣстно и погашеніе частныхъ исковъ, напр. въ 1659 г. Arrêt du Parlement de Paris. Sellyer. p. 558.

[3]) Denisart. Repertoire, art. Amnistie.

[4]) Mangin, p. 309



режимѣ, относятся уже къ области помилованія въ тѣсномъ смыслѣ [1]).

Такимъ образомъ право амнистіи въ періодъ, предшествовавшій революціи, являлось прерогативой монарха [2]), въ осуществленіи которой онъ былъ почти неограниченъ. Произволъ, часто наблюдавшійся въ этой области, особенно при индивидуальныхъ аболиціяхъ, оказалъ сильное вліяніе на законодательство Великой Революціи.

Какъ извѣстно, въ литературѣ конца XVIII в. посвященной вопросамъ уголовнаго права, начиная съ Беккаріи [3]) развивается отрицательное отношеніе къ праву суверена миловать осужденныхъ. До того времени убѣжденіе въ полезности этого права держалось весьма прочно [4]). Поколебавшіяся политическія основанія права помилованія были окончательно расшатаны работами Филанджіери, Бентама, Пасторе и др. [5]). Неограниченное усмотрѣніе монарха въ этой обла-

---

[1]) Ibid. p. 308. Различалось также grâce pur, относившееся къ вѣдѣнію Grande Chancellerie du roi, и судебное помилованіе, относившееся къ chancelleries auprès les cours. Первая проявляла прямое дѣйствіе, вторыя же имѣли характеръ возраженій противъ обвинительнаго приговора; отъ платежа судебныхъ издержекъ они не освобождали. См. цит. ниже статью Sternberg.

[2]) Впрочемъ, слѣдуетъ сказать нѣсколько словъ о правѣ епископовъ на помилованіе. Такъ напр., извѣстна привилегія епископовъ Орлеана освобождать преступниковъ, когда они являлись въ городъ (привилегія, сведенная къ праву печалованія эдиктомъ 1753 г. см. Vouglans. Lois criminelles II, p. 601). На ряду съ епископомъ Орлеана право освобожденія преступниковъ въ старой Франціи принадлежало ордену Rouen и начальнику города Вендомъ. Правомъ этимъ иногда пользовались очень широко; такъ епископъ Орлеона въ 1733 г. помиловалъ около 1200 преступниковъ. См. Sternberg. Ueber die Begnadigungskompetenz unter dem ancien régime in Frankreich. Zeitschrift Liszt'a. B. 17. S. 86—98.

[3]) Beccaria. Des délits et des peines, éd. Hélie. 1856, p. 123. „Когда суверенъ предоставляетъ помилованіе преступнику, то не приноситъ ли онъ въ жертву безопасность общества безопасности частнаго лица и не декретируетъ ли онъ актомъ слѣпого благотворенія всеобщей безнаказанности?“

[4]) Jean Bodin. liv. I ch. 8, Grotuis. liv. II ch. 20 § 24, Puffendorf. liv. VIII ch. 3 § 16, Montesquieu. l. VI, ch. 16, Vattel. liv. I ch. 13.

[5]) Изложеніе взглядовъ этихъ писателей и вообще отношенія къ помилованію въ эту эпоху см. Th. Sternberg. Begnadigung bei den Naturrechtslehrern Inauguraldissert. Stuttgart 1899.



сти не находило политическихъ основаній; политическая мысль была направлена къ указанію необходимости совершенства законодательства, и потому, понятно, нужно было выяснить и демонстрировать непригодность всякихъ коррективовъ, основанныхъ на усмотрѣніи, къ какимъ принадлежитъ и помилованіе. Соображеніе о томъ, что помилованіе есть предоставленная административной власти возможность ослабленія силы закона, являлось рѣшающимъ въ глазахъ сторонниковъ укрѣпленія законодательной власти. Немотивированное индивидуальное помилованіе, полученное часто благодаря происками, несомнѣнно противорѣчило понятіямъ о нормальномъ порядкѣ вещей. Опасеніе прямо высказаться противъ умѣстности усмотрѣнія монарха въ этой области повело къ отрицанію всего института.

Но любопытно, что высказываясь противъ права помилованія, даже наиболѣе рѣзкіе противники его вполнѣ признавали необходимость права амнистіи. Основанія этого, какъ бы противорѣчиваго, взгляда сводились къ слѣдующимъ: 1) соціальные мотивы амнистіи ясны для всѣхъ и каждаго и важность ихъ не подлежитъ сомнѣнію и 2) въ выработкѣ амнистіи участвуетъ весь народъ а иногда та же законодательная власть, вслѣдствіе чего здѣсь не можетъ представиться опасности дать перевѣсъ административной власти надъ законодательной.

Политическое значеніе амнистіи впервые было выяснено Христіаномъ Вольфомъ и. вѣроятно, мнѣніе его не могло не вліять на французскихъ писателей [1]). Монтескье, признавая. что право помилованія должно принадлежать тому, кто стоитъ выше судьи и законодателя, именно суверену, дѣлалъ наме-

---

[1]) Въ своемъ сочиненіи Philosophia practica universalis § 189 Вольфъ замѣчаетъ: Amnistia est oblivio in perpetuum. Amnistia praecipue opus in re publica turbulenta, ubi ultro citroque injuriae inferuntur et accipiuntur, ut is in pristinum statum revocetur, item in bellis intestinis". По естественному закону (naturaliter) амнистія должна быть предоставлена тогда, когда зло въ грядущемъ можетъ быть избѣгнуто скорѣе благодаря ей, нежели посредствомъ наказанія. Массовыя наказанія вообще крайне вредны и вызываютъ возбужденіе въ странѣ, поэтому иногда амнистія спасительна. Подробнѣе см. Sternberg, S. 78.



ки, что въ Римѣ ни консулы, ни сенатъ не осуществляли права помилованія, и лишь самому народу было предоставлено право отмѣнять свои приговоры [1]). Беккаріа отрицалъ значеніе помилованія лишь для тѣхъ странъ, которыя пользуются невозмутимымъ спокойствіемъ, гдѣ законы хороши, наказанія несуровы, т. е. рисовалъ полный контрастъ современнаго ему положенія; кромѣ того все разсужденіе его, направленное противъ помилованія, вытекаетъ изъ необходимости защитить законодательную власть отъ произвола государя, и хотя по поводу амнистіи онъ не высказывается прямо, но изъ его книги ни коимъ образомъ нельзя вывести заключенія о томъ, что Беккарія относился къ амнистіи отрицательно [2]). Оговорки въ пользу амнистіи выступаютъ особенно ясно у позднѣйшихъ писателей. Filandgieri, рѣзко высказываясь противъ помилованія, которое является отмѣной закона и при которомъ „главнымъ интересомъ гражданина будетъ стремленіе угодить монарху, а не повиноваться законамъ“ [3]), дѣлаетъ однако слѣдующую оговорку въ пользу амнистіи по тѣмъ основаніямъ, которыя тогда допускались: „Но когда большое количество гражданъ увлечено пылкимъ и безпокойнымъ человѣкомъ; когда городъ или селеніе провинится въ какомъ либо преступленіи; словомъ, всякій разъ когда наказаніе, означенное въ законѣ, принесетъ печальный ущербъ населенію въ области земледѣлія или промышленности,—въ этихъ случаяхъ общій интересъ государства требуетъ молчанія закона, приговаривающаго каждаго участника къ наказанію; тогда отеческая рука главы отечества можетъ издать декретъ, дарующій общее прощеніе и миръ; тогда мечъ правосудія долженъ принести въ жертву общественному спокойствію только руководителя движенія и его ближайшихъ приверженцевъ“ [4]). Филанджіери такимъ образомъ признаетъ не-

---

[1]) Montesqieu. Esprit des lois VI, 15.

[2]) Beccaria § XX.

[3]) Filandgieri. Science nouvelle de législation франц. пер. 1822 г. т. III p. 356.

[4]) Ibid. p. 357. Здѣсь Филанджіери повторяетъ отчасти соображенія Wolff и Puffendorf.



обходимость амнистіи, хотя выставляетъ для нея весьма узкія основанія и, въ частности, считаетъ нужнымъ изъять изъ дѣйствія ея главныхъ виновниковъ.

Другой выдающійся противникъ права помилованія Бентамъ, въ своемъ сочиненіи, посвященномъ началамъ уголовнаго кодекса, говоритъ уже категорически и съ большимъ пониманіемъ дѣла о необходимости амнистіи. „Въ случаяхъ, гдѣ наказаніе сдѣлало бы больше зла, чѣмъ добра, послѣ возстаній, заговоровъ, общественныхъ безпорядковъ, право помилованія не только полезно, но даже необходимо. Такъ какъ эти случаи предвидѣны и указаны въ хорошей законодательной системѣ, то помилованіе, прилагаемое къ нимъ, есть не нарушеніе, а исполненіе закона. Но что касается помилованій немотивированныхъ, происходящихъ отъ милости и слабости монарха, то они обличаютъ законъ и правительство, первый въ томъ, что онъ жестокъ къ индивидумамъ, или второе въ томъ, что оно жестоко къ обществу“ [1]). Бентамъ смѣшиваетъ еще амнистію съ помилованіемъ, что впрочемъ простительно по тому времени, особенно для англичанина [2]).

Указанныя вѣянія въ политической литературѣ нашли себѣ отраженіе во французскомъ законодательствѣ революціоннаго періода. Ст. 13 титула VII кодекса 1791 г. общимъ образомъ и категорически отмѣняла lettres d'abolition [3]). Хотя въ ней и не указывалось, что эта отмѣна имѣетъ въ виду лишь

---

[1]) Сочиненія Іереміи Бентама. Спб. 1867 г. т. I. стр. 571 пер. А. Н. Пыпина.

[2]) Къ группѣ уголовно-политическихъ работъ принадлежитъ и появившееся въ Цюрихѣ сочиненіе Globig und Huster Abhandlung von der Criminalgesetzgebung. 1783“. Въ немъ проводится та мысль, между прочимъ, что въ устроенномъ государствѣ князь не можетъ имѣть права помилованія, такъ какъ благодаря ему онъ будетъ постоянно нарушать справедливость. *Миловать можетъ только суверенный народъ*, который самъ беретъ на себя послѣдствія ослабленія репрессіи (S. 157, 498).

[3]) „Примѣненіе всѣхъ актовъ, имѣющихъ цѣлью помѣшать или задержать отправленіе уголовнаго правосудія, примѣненіе lettres de grace, de remission d'abolition, de pardon, de commutation de peine упраздняется для всякаго преступленія, подсуднаго присяжнымъ“.



индивидуальныя аболиціи, за которыми только и сохранилось это названіе послѣ ордоннанса 1670, но это понималось всѣми. Право же общихъ аболицій было отнято у короля и вручено законодательной власти, въ согласіи съ требованіемъ новыхъ теорій. Революціонныя законодательныя собранія неоднократно примѣняли эту мѣру для оправданія „патріотическихъ дѣйствій". Длинный рядъ амнистій, дарованныхъ народнымъ представительствомъ, начинается съ 1789 г. [1]). Въ эту эпоху, какъ замѣчаетъ Cabat, амнистіи обнародовались скорѣе въ интересахъ ихъ авторовъ, чѣмъ въ интересахъ лицъ, подлежащихъ амнистіи [2]). Отличительной чертой амнистій этой эпохи является ихъ тѣсная близость къ правительственнымъ переворотамъ. Хотя исторія революціи показала, что участіе народа есть необходимая гарантія амнистіи, такъ что ни одинъ диктаторъ не осмѣлился захватить право амнистіи въ свои руки, однако было ясно, что въ рукахъ сильнаго правительства само народное собраніе легко можетъ стать послушнымъ проводникомъ его желаній.

---

[1]) Въ 1789 году, подъ давленіемъ требованій Учредительнаго собранія, король подписываетъ амнистію возставшимъ въ южныхъ провинціяхъ, всѣ постановленные противъ нихъ приговоры были отмѣнены и всякое дальнѣйшее преслѣдованіе прекращено. Въ 1790 г. 5 августа то-же собраніе добивается амнистіи по поводу крупныхъ безпорядковъ въ западныхъ департаментахъ. Но наиболѣе полная амнистія была дарована уже самимъ Національнымъ собраніемъ 14 сентября 1791 г. по предложенію Лафайета. Въ ней предписывалось „отмѣнить безповоротно всѣ преслѣдованія, возбужденныя по поводу дѣяній, относящихся къ революціи, на что бы они ни были направлены, а также всѣ приговоры, постановленные по такимъ дѣламъ". Одновременно съ амнистіей по политическимъ дѣламъ была издана амнистія по воинскимъ преступленіямъ. Конвентъ издалъ нѣсколько амнистій по поводу возстаній, возникшихъ на почвѣ феодальныхъ отношеній или вслѣдствіе скупки съѣстныхъ припасовъ. Амнистіи эти были весьма широки, онѣ погашали не только уголовные, но и гражданскіе иски. Исключались, однако, иногда изъ дѣйствія амнистіи „убійства, поджоги и проявленія роялизма". Въ 1794 г. 2 декабря была предоставлена амнистія повстанцамъ Вандеи и Шуана, если они сложатъ оружіе въ теченіе мѣсяца; эта амнистія позднѣе была распространена и на участниковъ роялистнаго возстанія на Востокѣ. Во время Директоріи были нѣсколько амнистій, изъ дѣйствія которыхъ однако исключались эмигранты и возставшіе. Эти амнистіи были безрезультатны. Въ эпоху Консулата въ теченіи одного VIII (1799) года было предоставлено 3 амнистіи участникамъ возстанія въ восточныхъ департаментахъ.

[2]) Cabat. o. c. p. 20.



Сенатусконсультъ 16 термидора X года возстанавливаетъ право помилованія съ передачей его въ руки Консулата. Право амнистіи осталось попрежнему въ рукахъ законодательной власти. Но законодательный корпусъ покорно подчинялся требованіямъ Наполеона и предоставлялъ амнистіи по его первому желанію [1]). Не довольствуясь этимъ, Наполеонъ въ 1815 г., послѣ своего возвращенія съ Эльбы, внесъ добавленіе въ конституцію, которымъ присвоилъ императорской власти право амнистіи [2]).

Людовикъ XVIII, во время первой реставраціи въ 1814 г., издавъ новую конституцію, оговорилъ королевскую прерогативу помилованія. Объ амнистіи въ ней не было сказано ни слова. Но на практикѣ никто не оспаривалъ этого права короля. Амнистіи этой эпохи издавались въ формѣ ордоннансовъ, и только амнистія 1816 г. относительно „всѣхъ тѣхъ, которые прямо или косвенно принимали участіе въ мятежѣ и узурпаціи Наполеона Бонапарте", была издана въ видѣ закона при участіи парламента [3]). При Людовикѣ XVIII и Карлѣ X понемногу начала воскресать даже практика индивидуальныхъ аболицій [4]). Сами амнистіи приняли характеръ милостей, знаменующихъ радостныя событія въ семьѣ короля.

---

[1]) Такъ при вступленіи на императорскій престолъ (1804 г.) Наполеонъ подписалъ представленную ему амнистію о помилованіи всѣхъ солдатъ-дезертировъ и о снятіи съ ихъ родственниковъ наложенныхъ штрафовъ; въ 1810 г. 25 марта была издана подобная же амнистія по поводу женитьбы Наполеона; наконецъ, 24 апрѣля того же года императорскимъ декретомъ, безъ участія законодательнаго собранія, была дарована амнистія французамъ, вступившимъ на иностранную службу. (Chomette p. 26—27).

[2]) „L'empereur a le droit de faire grâce, même en matière correctionnelle et d' accorder des amnisties". art. 57. зак. 22 апрѣля 1815 г. Это было запоздалою санкціей тѣхъ отступленій отъ конституціи, которыя позволялъ себѣ Наполеонъ, издавая амнистіи безъ участія законодательной власти.

[3]) Впрочемъ, національное собраніе разсматривало предоставленіе вопроса объ амнистіи на предварительное обсужденіе, какъ актъ милости короля, нисколько не оспаривая его безусловнаго права на амнистію. Эта амнистія на дѣлѣ была весьма ограниченною: такъ изъ дѣйствія ея исключались лица, уже привлеченныя къ слѣдствію по политическимъ преступленіямъ и осужденныя до обнародованія закона (Chomette. p. 29).

[4]) Cabat, p. 25; Chomette p. 30.

Конституція 1830 г. сохранила прежній пробѣлъ относительно права короля предоставлять амнистію, но въ палатѣ депутатовъ уже серьозно оспаривалось это право, пока, наконецъ, не восторжествовало мнѣніе, краснорѣчиво отстаивавшееся Беранже, рѣшившее вопросъ въ пользу права короля [1]). Амнистіи этого періода носятъ по преимуществу политическій характеръ [2]).

Февральская революція, сознавая, какую громадную соціальную силу представляетъ право амнистіи, послѣдовала примѣру Великой Революціи, и передала это право недосредственно въ руки представителей народа. Ст. 55 конституціи 1848 г. гласила: „амнистіи могутъ быть предоставлены только закономъ". „Амнистія,—говорилъ докладчикъ коммисіи Дюпэнъ—должна быть законодательнымъ актомъ, потому что она предоставляется не только послѣ окончанія правосудія, какъ при помилованіи, когда законъ получилъ удовлетвореніе, но иногда, и даже чаще всего, она предшествуетъ уголовному преслѣдованію и имѣетъ цѣлью пріостановить его, помѣшать исполненію закона; только законъ можетъ допускать такую диспенсацію" [3]).

Узурпація власти Наполеономъ III измѣнила это постановленіе конституціи 1848 г., не нашедшее себѣ еще ни разу примѣненія на практикѣ. Сначала еще въ качествѣ президента, Наполеонъ III предоставилъ нѣсколько амнистій посредствомъ декретовъ, а затѣмъ, ставъ императоромъ, онъ сенатусконсультомъ 25 декабря 1852 г. опредѣлилъ, что „право помилованія и амнистіи принадлежитъ императору". Основаніемъ для такого измѣненія старой конституціи по-

---

[1]) На соображеніяхъ Беранже и его единомышленниковъ, доказывавшихъ политическое превосходство королевской амнистіи, мы будемъ имѣть случай остановиться ниже.

[2]) Главныя амнистіи Людовика-Филиппа были дарованы политическимъ осужденнымъ за преступленія печати (2 авг. 1880 г.), за политическія преступленія со времени 7 іюля 1815 г. (26 авг. 1830 г.), въ пользу бѣжавшихъ или запоздавшихъ къ отбыванію воинской повинности (28 авг. 1830 г.), въ пользу французовъ, высланныхъ изъ отечества (11 сент. 1830 г.), въ пользу находящихся въ тюрьмѣ за политическія преступленія (8 мая 1837 г.) и т. д.

[3]) См. Chomette p. 32.

служила ссылка на примѣръ другихъ государствъ. Конституція совершенно не регулировала примѣненіе этой мѣры: никакой законъ не опредѣлялъ ни правъ, ни границъ, ни послѣдствій ея [1]). И на практикѣ амнистія часто теряла свой характеръ политической мѣры, приближаясь къ помилованію [2]).

Правительство національной обороны, немедленно послѣ сверженія Наполеона III, объявило 4 сентября 1870 г. полную амнистію политическихъ преступленій и преступленій печати, учиненныхъ съ 3 декабря 1851 г. по 3 сентября 1870. Закономъ 17 іюня 1871 г. было возстановлено правило конституціи 1848 г. о необходимости законодательной формы для амнистіи. Это постановленіе было введено въ конституцію и дополнено закономъ 25 февр. 1875 г., который дѣйствуетъ понынѣ. Однако парламентъ долго не примѣнялъ своихъ полномочій въ этой области. Красный призракъ Коммуны, страхъ предъ вождями потопленнаго въ крови движенія пролетаріата долго удерживалъ правительство и парламентъ отъ предоставленія полной амнистіи. Только 3 марта 1879 г., по предложенію Le Royer, была дарована частная амнистія, дополненная позднѣе закономъ 11 іюля 1880 г., изгладившимъ окончательно дѣянія Коммуны [3]). Наконецъ послѣдния

---

[1]) F. Helie. II, p. 714. Въ учебникѣ Berriat-Saint—Prix (Cours de droit criminel. 1855 p. 110) установлены лишь слѣдующія правовыя основанія амнистіи по закону 25 дек. 1852 г.: 1) амнистія должна быть примѣнена только тогда, когда виновный удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ, указаннымъ въ актѣ объ амнистіи; 2) она ограничивается преступленіями, указанными въ этомъ актѣ; 3) она не распространяется на послѣдующія преступленія; 4) она не сохраняетъ за виновнымъ тѣхъ предметовъ, которые онъ присвоилъ посредствомъ своего преступленія.

[2]) До 1859 г. предоставлявшіяся амнистіи касались только общеуголовныхъ преступленій или проступковъ чиновъ національной стражи. Только 16 авг. 1859 г. императоръ рѣшился предоставить полную амнистію осужденнымъ за политическія преступленія или подвергнутымъ ограниченіямъ въ административномъ порядкѣ. Наконецъ, декретъ 14 авг. 1869 г. амнистировалъ преступленія политическія, печати, касающіяся общественныхъ собраній и т. п. Впрочемъ, въ этихъ амнистіяхъ было не мало исключеній.

[3]) Исторія амнистированія дѣяній Коммуны настолько интересна съ точки зрѣнія борьбы партій при предоставленіи амнистіи, что мы позволимъ изло-

десятилѣтія республики ознаменовались многочисленными амнистіями политическаго характера [1]).

жить подробнѣе всѣ перипетіи этого амнистированія. Начиная съ 1871 года отдѣльные члены парламента возбуждали вопросъ объ амнистіи, но безуспѣшно. 21 марта 1876 года предложеніе объ амнистіи имѣло на своей сторонѣ лишь 50 голосовъ. Въ сенатѣ же подобное предложеніе Виктора Гюго получило лишь 12 голосовъ. Въ 1879 г., послѣ усиленія республиканской партіи въ сенатѣ, правительство въ лицѣ Дюфора внесло проектъ амнистіи, скорѣе похожій на коллективное помилованіе. Одновременно съ этимъ и Луи Бланъ внесъ свое предложеніе о полной амнистіи. Но правительство подало въ отставку до принятія проекта. Черезъ мѣсяцъ былъ внесенъ Le Royer отъ имени правительства новый проектъ о частичной амнистіи, который и былъ принятъ 3 марта 1879 г. По этому закону правительство могло амнистировать участниковъ Коммуны по своему усмотрѣнію. Амнистіи подлежали только тѣ, которые будутъ помилованы въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ послѣ закона объ амнистіи. Въ этотъ періодъ изъ 2400 заочно приговоренныхъ къ изгнанію заграницу были амнистированы 2000, а изъ 700 сосланныхъ болѣе 400. Но вопросъ этимъ не былъ законченъ. „Но—пишетъ Bonhoure (Grande Encyclopedie II, p. 788)—исключая отъ дѣйствія этой мѣры успокоенія болѣе тысячи осужденныхъ, исполнительная власть открывала широкій доступъ новымъ нареканіямъ. Conseil général de la Seine потребовалъ полной амнистіи и общее мнѣніе было за реабилитацію всѣхъ. Правительство и палаты должны были уступить желанію народа“. Чрезъ нѣсколько мѣсяцевъ, 22 января 1880 г. Луи Бланъ возбудилъ снова вопросъ о полной амнистіи, который опять былъ отвергнутъ палатой большинствомъ 316 голосовъ противъ 114. Но несмотря на это, правительство, руководимое Гамбеттой, было на сторонѣ амнистіи. Оно внесло новый проектъ, представлявшій собою любопытную комбинацію амнистіи и помилованія. По этому закону лица, осужденныя за преступленія, относящіяся къ возстаніямъ до 14 іюля 1880 г., и помилованныя, будутъ считаться амнистированными, кромѣ осужденныхъ въ личномъ присутствіи на судѣ къ смертной казни, или къ пожизненнымъ каторжнымъ работамъ за поджогъ и убійство, которымъ до 10 іюля 1880 г. наказаніе это не было замѣнено высылкой, заточеніемъ или изгнаніемъ. Судебныя издержки, не уплаченныя до сихъ поръ, не должны быть взыскиваемы, уплаченныя же не подлежатъ возвращенію. Но фактически эта амнистія была полной, такъ какъ 11 іюля 1880 г. былъ обнародованъ декретъ президента, которымъ отмѣнялись всѣ наказанія, наложенныя на участниковъ возстанія 1870 и 1871 г.г., такъ что всѣ они подпали подъ амнистію.

[1]) Такъ преступленія печати были амнистируемы неоднократно законами 2 апрѣля 1878 г., 11 іюля 1880, 29 іюля 1881, 19 іюля 1889, 1 февраля 1895, 25 декабря 1900, 1 февраля 1904. Въ годовщину столѣтія Великой Революціи въ 1889 г. была предоставлена особенно обширная амнистія (преступленія, касающіяся печати, стачекъ, собраній, союзовъ, выборовъ, дезертирства и проч.). Законъ 1 февраля 1895 г. амнистировалъ преступленія и посягательства противъ внутренней безопасности государства; здѣсь имѣлась въ виду главнымъ образомъ амнистія дѣяній буланжистовъ. 27 декабря 1900 г. амнистія была предоставлена

Развитіе амнистіи во Франціи показываетъ намъ, что только въ рукахъ народнаго представительства амнистія примѣнялась въ соотвѣтствіи съ дѣйствительными политическими потребностями страны, что не исканіе популярности, не снисканіе любви народа цѣною правильности правосудія было мотивомъ предоставленія амнистіи, а стремленіе къ водворенію гражданскаго порядка и къ успокоенію внутреннихъ междуусобицъ [1]). Съ извѣстной правильностью можно ска-

за всѣ дѣянія, относящіяся къ дѣлу Дрейфуса. 30 декабря 1903 г. амнистированы были дѣянія, касающіяся стачекъ и связанныхъ съ ними посягательствъ; 1 апрѣля 1904 г. была обнародована полная амнистія, касающаяся большой группы политическихъ преступленій и полицейскихъ нарушеній. 2 ноября 1905 г. была предоставлена полная амнистія: 1) преступленій и нарушеній, касающихся собраній, выборовъ, стачекъ, празднованія 1-го мая, печати и дѣяній, связанныхъ съ ними; 2) преступленій въ предусмотрѣнныхъ ст. 87—90 уг. ул. и смежныхъ съ ними; 3) преступленій и нарушеній, предусмотрѣнныхъ законами 2 ноября 1892 г., 30 марта 1900 г. и декретами о защитѣ труда взрослыхъ; 4) преступленій противъ законовъ о конгрегаціяхъ. Амнистія эта распространялась также на всѣ дѣянія, касающіяся опубликованія тайныхъ свѣдѣній политическаго, профессіональнаго или частнаго характера относительно чиновниковъ, военнослужащихъ и всякихъ другихъ лицъ. Амнистія 2 ноября 1905 г. изгладила всякія послѣдствія прежнихъ осужденій. Ей предшествовалъ декретъ президента отъ 14 іюля 1905 г., даровавшій коллективное помилованіе политическимъ преступникамъ (въ частности сторонникамъ Деруләда). Въ 1906 г. обновленная палата депутатовъ вотировала по предложенію правительства новую амнистію. По этой амнистіи, обнародованной въ видѣ закона 12 іюля 1906 г., предоставляется полное и общее погашеніе всѣхъ учиненныхъ до 10 іюля 1906 г. преступныхъ дѣяній, относящихся: 1) къ нарушенію законовъ о собраніяхъ, выборахъ, манифестаціяхъ по поводу 1-го мая, стачкахъ, какова бы ни была ихъ уголовная квалификація; 2) къ преступленіямъ печати и связанныхъ съ ними; 3) къ преступленіямъ и проступкамъ противъ законовъ о конгрегаціяхъ; 4) къ ст. 222—225 угол. улож. и 5) къ дезертирству и несоблюденію воинской дисциплины (со многими ограничительными условіями въ послѣднемъ случаѣ). См. текстъ закона въ France Judiciaire. 1906. Septembre. p. 331—334.

[1]) Почти каждому проекту амнистіи предпосылается краткая мотивировка, изъ которой до извѣстной степени можно заключить о мотивахъ, руководившихъ инниціаторами ея. Для примѣра приведу мотивировку амнистіи, предложенной въ засѣданіи 12 іюля 1905 г. депутатомъ Jean Cruppi (Documents parlementaires. Chambre. Annexe № 2635, p. 1833). „Правительство, вѣрное своимъ заявленіямъ, формулированнымъ при первомъ выступленіи въ палатѣ, стремясь также всѣми силами успокоить умы и поддержать согласіе между всѣми гражданами, присоединяется къ предложенію амнистіи. Оно полагаетъ, что наступилъ моментъ распространить милосердіе на всѣ дѣянія, относящіяся къ разгла-



зать также, что республика была щедрѣе на политическія амнистіи, чѣмъ монархія; это объясняется тѣмъ, что въ республикѣ ощущается въ большей степени необходимость выработки мирнаго modus vivendi партій. Законодательный характеръ имѣла амнистія во Франціи исключительно во время республикъ, хотя и при существованіи монархической власти народъ иногда бралъ на себя иниціативу или выработку амнистіи. Такъ было въ предреволюціонное время, такъ поступилъ и Людовикъ XVIII въ началѣ своего царствованія.

Нынѣ дѣйствующая во Франціи регуляція права амнистіи является типической формой, принятой позднѣе въ Бельгіи, Голландіи, Болгаріи и Пруссіи. Юридическіе контуры и политическія свойства ея мы и разсмотримъ въ слѣдующей главѣ.

Глава III.

Французская доктрина объ амнистіи [1]).

Относительно опредѣленій характера амнистіи во французской доктринѣ почти нѣтъ противорѣчивыхъ мнѣній. „Ам-

---

шенію тайнъ политическаго характера, профессіональныхъ и частныхъ, относительно всѣхъ преступныхъ дѣяній, касающихся печати, собраній, выборовъ и стачекъ, а также на тѣ, которыя предусмотрѣны ст. 87—90 уг. ул. Республика достаточно сильна, чтобы не опасаться посягательствъ, могущихъ быть направленными противъ нея, которыя она можетъ уничтожить; она можетъ проявить милосердіе и покрыть забвеніемъ преступленія, нѣкоторыя изъ которыхъ были уже искуплены нѣсколькими годами изгнанія". Коммисія Сената, принявшая этотъ проектъ, характеризовала его какъ „призывъ къ согласію и единенію всѣхъ французовъ".

[1]) Литература объ амнистіи во Франціи весьма обширна. Berriat-Saint-Prix, Droit criminel. 1855. Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal. Bertault, Cours de droit criminel p. 536 ss. Carnot, Commentaire du code d'instruction criminelle. III p. 615 ss. Cabat, De l'amnistie 1904. F. Hélie, Traité d'instruction criminelle, II, 1866, №№ 1086—1091. Garraud, Traité du droit pénal 1898, t. II, № 552—560. Garraud. Précis du droit criminel, 1904, p. 353—358. Laborde. Cours du droit criminel, 1890. Legraverend, Traité de législation criminelle, II, p. 690. Le Selleyer, Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques et privées 1870, III, p. 503-583. Mangin, Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle 1876, II, p. 307—322. Villey, Précis de droit criminel 1898, p. 249 ss. Bonnefoy. Com-



нистія есть актъ,—гласитъ одно изъ болѣе раннихъ опредѣленій амнистіи—посредствомъ котораго суверенная власть запрещаетъ начинать или продолжать какія-либо преслѣдованія или приводить въ исполненіе обвинительные приговоры по отношенію къ нѣсколькимъ лицамъ, спеціально указаннымъ по роду учиненнаго ими дѣянія" [1]). Позднѣйшія опредѣленія вносятъ уже упоминаніе о соціальномъ характерѣ амнистіи, указываютъ на то, что она имѣетъ цѣлью забвеніе прошлаго. „Амнистія есть актъ соціальной власти, имѣющій цѣлью и результатомъ преданіе забвенію извѣстныхъ нарушеній, а слѣдовательно, и уничтоженіе возникшихъ или могущихъ возникнуть преслѣдованій или постановленныхъ по этимъ нарушеніямъ приговоровъ" [2]). Опредѣленіе это, соединяя юридическую характеристику съ указаніемъ соціальныхъ тенденцій акта амнистіи, пользуется общимъ признаніемъ, хотя оно вноситъ понятія, отнюдь къ области юридическихъ не относящіяся (напр. „забвеніе"). Попытка болѣе узкаго опредѣленія амнистіи, чѣмъ данная, была сдѣлана Morin и Bertauld [3]). „Амнистія—по ихъ опредѣленію—есть суверенный актъ, препятствующій вчинять или продолжать слѣдствіе для установленія тѣхъ преступныхъ дѣяній, изгладить которыя имѣетъ въ виду амнистія, или предполагающій, что уже сдѣланное установленіе является столь непрочнымъ, что общество не можетъ на немъ остановится и имѣть вѣру въ результатъ его". Опредѣленіе это совершенно произвольно выдѣляетъ одинъ изъ возможныхъ мотивовъ амнистіи—ненадеж-

---

mentaire de la loi du 27 décembre 1900 sur l'amnistie. 1901. Chomette, De l'Amnistie, spécialement dans ses effets. Thèse 1898. Repertoires de Merlin, Morin, Dalloz, Fayier-Hermann, Labori, mot Amnistie.

[1]) Nouveau Denizart, Collection de decisions, I, p. 557. Mangin, p. 307.

[2]) Garraud, Traité II, p. 447. То же мы находимъ у Legraverend, II, p. 762, лишь въ болѣе картинной формѣ: „амнистія имѣетъ цѣлью набросить покрывало забвенія (couvre du voile de l'oubli)". То-же, отмѣчая суверенный характеръ амнистіи, говорятъ: Haus, Principes généraux du droit pénale belge, II, p. 386. Cabat, p. 37. Chomette, p. 69. Villey, p. 249.

[3]) Morin. Repertoire. Amnistie. Bertauld, Cours, p. 535.

ность правосудія, отправлявшагося при извѣстныхъ условіяхъ, забывая объ опредѣленіи существа этой мѣры.

Внося въ самое опредѣленіе амнистіи, указаніе на ея соціальныя цѣли, господствующее мнѣніе выводитъ уже дедуктивнымъ путемъ изъ него тѣ основныя черты, которыя присущи амнистіи, какъ соціальной мѣрѣ.

Французская доктрина считаетъ амнистію, эту „douce prérogative“, по выраженію Глассона, актомъ суверенной власти. Бывшій раньше споръ относительно органа, которому должна принадлежать амнистія, нынѣ рѣшенъ въ пользу законодательной власти [1]). Амнистія есть, по существу, отмѣна законовъ въ спеціальныхъ случаяхъ, примѣнительно къ прошлому; только закону можетъ быть предоставлена отмѣна другого закона. Далѣе, амнистія, являясь средствомъ, прерывающимъ теченіе правосудія, служа препятствіемъ исполненію закона, по существу, не можетъ принадлежать исполнительной власти, которая призвана именно слѣдить за исполненіемъ закона [2]). Признаніе converеннаго характера амнистіи имѣло особенное значеніе, когда амнистія принадлежала императору, такъ какъ изъ такого признанія слѣдовало: 1) что амнистія, провозглашенная сувереномъ въ завоеванной странѣ, теряетъ свою силу послѣ ухода арміи побѣдителей и возвращенія этой страны подъ власть прежняго суверена; 2) что теряютъ силу амнистіи, изданныя узурпаторомъ, послѣ возвращенія законнаго государя въ свою страну; и 3) что право

---

[1]) Сторонниками предоставленія права амнистіи суверену были Legraverend, II, p. 696. Carnot, III, p. 615. Mangin, p. 315. Berenger, (рѣчь въ палатѣ депутатовъ 31 дек. 1834). Le Sellyer, III, p. 551. Въ пользу законодательной постановки высказываются всѣ новые авторы; изъ прежнихъ— Rauter, p. 866. Bertauld, p. 542. Helie, признавая по существу законодательную природу амнистіи, считалъ однако ее настолько тѣсно связанной съ политикой, что полагалъ нужнымъ поручить осуществленіе этого права исполнительной власти, въ отступленіе отъ началъ теоріи (Traité, II, p. 718); то же и Bertauld, p. 582. Garraud, p. 449 высказывается нерѣшительно; практически онъ считаетъ даже болѣе цѣлесообразнымъ передать амнистію въ руки исполнительной власти.

[2]) F. Helie, p. 718, Cabat, p. 58, Garraud, p. 448, Chomette, p. 63.



амнистіи не можетъ быть делигировано министрамъ [1]). Въ настоящее время, когда главную роль играетъ законный парламентъ, признаніе суверенности акта амнистіи влечетъ за собою лишь запретъ делегированія этой власти. Ст. 3 закона 25 февраля 1875 г. безусловно запрещаетъ президенту республики, какъ главѣ исполнительной власти, осуществлять право амнистіи. Однако, на практикѣ отдѣльные законы объ амнистіи косвенно передавали ему это право, позволяя исполнительной власти дѣлать выборъ лицъ, достойныхъ амнистіи [2]).

Изъ публичнаго характера амнистіи, какъ мѣры, предпринимаемой въ соціальныхъ интересахъ, слѣдуетъ, что она не можетъ быть отвергаема лицами, по отношенію къ которымъ она примѣнима. Правильность этого положенія никѣмъ не оспаривалась по отношенію къ лицамъ, уже осужденнымъ, и по отношенію къ тѣмъ, которыя еще не были привлечены къ суду; лишь по отношенію къ тѣмъ, противъ которыхъ было возбуждено обвиненіе, еще не законченное къ моменту обнародованія амнистіи, существуетъ споръ. Безъ сомнѣнія, амнистія можетъ уничтожить всѣ законныя послѣдствія этого преслѣдованія, но она не разсѣетъ въ такой степени подозрѣнія въ виновности, проистекающаго отъ возбужденія судебнаго преслѣдованія, какъ это можетъ сдѣлать оправдательный приговоръ. Единственный выводъ—это допустить продолжать процессъ, если обвиняемые того не желаютъ [3]). Та-

---

[1]) Mangin, p. 314. Chomette. p. 69, дѣлаетъ по 1 п. ту оговорку, что было бы жестоко, однако, не принимать во вниманіе амнистіи, если амнистировавшая власть долгое время господствовала въ странѣ.

[2]) Такъ законы 3 марта 1879 г. и 11 іюля 1880 г. (о коммунарахъ), предоставляя амнистію лицамъ, которыя будутъ въ теченіе извѣстнаго срока помилованы президентомъ, не были въ строгомъ смыслѣ конституціонными. Точно также сюда слѣдуетъ отнести законъ 19 іюля 1889 г. объ амнистіи дезертировъ, которые въ теченіе періода времени до 1 января 1890 г. будутъ помилованы президентомъ. Здѣсь исполнительной власти предоставляется сдѣлать выборъ лицъ, желательныхъ, неопасныхъ для правительства, и тѣмъ самымъ нарушается принципъ безличности амнистіи (Chomette, p. 67, Cabat, p. 63). Франція не допускаетъ также права делегированія амнистіи губернаторамъ колоній, какъ то существуетъ въ Англіи, но почти въ каждомъ законѣ объ амнистіи содержится оговорка о томъ, что онъ находитъ свое примѣненіе и въ колоніяхъ.

[3]) Такъ въ интересахъ оправданія подобныхъ лицъ папа Пій IX, предо-



кой исходъ, однако, позволялъ бы, въ интересахъ небольшаго числа лицъ, продолжать агитацію и споры, которые имѣлось въ виду прекратить изданіемъ амнистіи [1]). Судъ въ такихъ случаяхъ превратился бы въ комедію, въ которой обвиняемый не рисковалъ бы ничѣмъ. Въ судебной практикѣ, поэтому, получилъ преобладаніе противоположный принципъ, безусловно прекращающій производство процесса [2]).

Имѣя въ виду изгладить изъ соціальной жизни отдѣльныя событія, амнистія должна непосредственно касаться скорѣе преступныхъ дѣяній, нежели лицъ. Это выражается въ положеніи, что амнистія *реальна*, а не персональна (réelle) [3]). Амнистія, даруемая индивидуально обозначеннымъ лицамъ, приближается уже къ частной аболиціи, недопускаемой со времени 1791 г. [4]). Изъ реальнаго характера амнистіи вытекаетъ въ значительной степени ея *коллективный* характеръ. Въ противоположность помилованію, она знаетъ не столько отдѣльныхъ провинившихся лицъ, сколько вообще

ставляя въ 1841 г. своей области амнистію за политическія преступленія, сдѣлалъ въ актѣ формальную оговорку, по которой желающимъ было предоставлено продолжать процессъ до постановки приговора. Chomette, p. 46.

[1]) Helie, p. 731 „Что сталось бы съ амнистіей, какъ забвеніемъ, если каждому изъ амнистируемыхъ было бы предоставлено торговаться по поводу милости (marchander le bienfait), вызывать снова тѣ обстоятельства, которыя амнистія желаетъ загладить, возбуждать вопросы, которые она хочетъ устранить? Амнистія есть исключеніе изъ общаго права, и слѣдуетъ или принять ее съ ея характерными чертами, или отказать ей во всякомъ дѣйствіи". См. Chomette, p. 47, Cabat. p. 45.

[2]) Французская кассаціонная практика съ нѣкоторымъ колебаніемъ приняла этотъ принципъ. Рѣшеніе 25 ноября 1826 г. разъясняло, что „амнистія есть милость, которую обвиняемые, настаивающіе на своей невинности, могутъ и не принять". Рѣшеніе 10 іюня 1831 г. устанавливаетъ уже обратное положеніе: „указы объ амнистіи имѣютъ своею цѣлью и результатомъ возстановленіе мира въ обществѣ, и потому суды не могутъ отказываться отъ примѣненія ихъ". Наконецъ, рѣшеніе 12 мая 1870 г. окончательно признаетъ, что „стороны не могутъ отказаться отъ примѣненія къ нимъ амнистіи".

[3]) Въ этомъ отношеніи опять таки страдаетъ злополучная амнистія 3 марта 1879 г. (и подобныя ей 11 іюля 1880 г., 19 іюля 1889 г.), которая предоставила президенту выборъ амнистируемыхъ. Она получила даже названіе amnistie personelle.

[4]) Амнистія 12 марта 1815 г. исключала, однако, нѣсколько спеціально названныхъ лицъ.

виновныхъ въ преступленіяхъ такой то категоріи [1]). Впрочемъ, и помилованіе можетъ быть коллективнымъ; въ такомъ случаѣ различіе можетъ быть проведено лишь съ точки зрѣнія власти, предоставляющей то или другое [2]). Въ цѣломъ рядѣ амнистій, однако, безъ нарушенія принципа коллективности, исключались изъ дѣйствія амнистіи „рецидивисты", „особо виновные съ квалифицирующими обстоятельствами" „учинившіе преступленія общаго характера при учиненіи политическаго дѣянія" и т. д. [3]).

Общимъ свойствомъ амнистіи является также ея *неотмѣнимость* (irrevocabilité). Право, полученное по амнистіи, есть право безусловное, отнятіе котораго могло бы вызвать еще большія волненія, нежели тѣ, которыя имѣлось въ виду прекратить амнистіей. Случаевъ отмѣны амнистіи въ исторіи Франціи не было [4]).

Амнистія можетъ быть *общей* или *частичной* (générale ou partielle). Общею она называется, если она амнистируетъ какую-либо категорію преступленій безъ всякихъ изъятій; частичною—если она содержитъ ограниченія относительно лицъ, подлежащихъ ей, или преступныхъ дѣяній. По французской теоріи амнистія не ограничена какой-либо опредѣленной категоріей преступленій; теорія отказывается указать верховной власти, предоставляющей амнистію, опредѣленныя границы въ этомъ отношеніи [5]). Изслѣдованіе амнистій, предоставленныхъ во Франціи за 100 слишкомъ лѣтъ, указываетъ, что амнистируемы были по преимуществу чисто воин-

[1]) Касс. рѣш. 26 августа 1853 г.

[2]) Напр. decret des graces générales 14 іюня 1905 г. былъ изданъ президентомъ, послѣ того какъ палата отвергла правительственный проектъ амнистіи, и слѣдовательно явился какъ бы суррогатомъ ея.

[3]) Амнистіи 1816, 1817, 1852, 1848, 1879 г.г.

[4]) Декретъ 25 марта 1810 г. вызвалъ разъясненіе касс. суда (8 марта 1811 г.), по которому какъ бы признается за сувереномъ право вводить позднѣе ограниченія въ изданный имъ актъ амнистіи; слѣдуетъ полагать, что касс. судъ имѣлъ въ виду лишь право изданія частичной амнистіи, а не послѣдующую отмѣну ея (Chomette p. 55).

[5]) Только въ періодъ, когда амнистія принадлежала королевской или императорской власти, право амнистіи было исключено по отношенію къ министрамъ, обвиняемымъ палатой (законъ 1834 г. и конституція 14 января 1852 г.).



скія, политическія преступленія и близкія къ послѣднимъ преступленія печати. Что касается ограниченій по лицамъ, то исключались чаще другихъ рецидивисты, лица, виновныя въ учиненіи квалифицированныхъ дѣяній [1]), осужденныя раньше за преступленія, влекущія потерю избирательной правоспособности (амн. 1900), недозволенныя духовныя конгрегаціи (амн. 1900 г.), лица, скрывшіяся отъ суда (амн. 1879 г.) и пр.

Далѣе возможна амнистія *безусловная* и *условная* (absolue ou conditionnelle). Условной амнистія становится тогда, если она налагаетъ на лицъ, подлежащихъ амнистіи, извѣстныя обязательства или допускаетъ амнистировать лицъ подъ условіемъ выполненія ими какого-либо дѣйствія. Нѣкоторые авторы [2]) прежде придерживались мнѣнія, что амнистія, какъ мѣра соціальнаго характера, стремящаяся къ забвенію прошлаго, по существу должна быть безусловной. Она стремится устранить всякій приговоръ надъ преступленіемъ, между тѣмъ какъ выполненіе условія, есть презумпція обвинительнаго приговора. Позднѣйшая литература отказывается отъ признанія такой несовмѣстимости [3]). Въ ряду французскихъ амнистій мы находимъ довольно много условныхъ. Такъ почти всѣ амнистіи, предоставлявшіяся уклонявшимся отъ военной службы и дезертирамъ, примѣнялись подъ условіемъ отбы-

---

[1]) См. выше.

[2]) Peyronnet. Pensées d'un prisonnier, 1831. I. ch, XIV: изъ современныхъ Garraud p. 455.

[3]) Hélie, p. 179 осторожно замѣчаетъ, что условія эти должны быть полезными для государства и для правосудія. Chomette p. 56 замѣчаетъ: „когда актъ амнистіи требуетъ отъ упорныхъ раскаянія и заявленія о готовности нести военную службу, когда онъ требуетъ отъ возставшихъ сложенія оружія, то эти условія могутъ быть оправдываемы; они не воскрешаютъ забытаго прошлаго, это простыя мѣры публичнаго характера, которыя правительство предпринимаетъ, не прибѣгая къ обвинительному приговору". Кромѣ того „безопасность государства можетъ требовать иногда необходимости обставить примѣненіе амнистіи извѣстными условіями; если послѣднія не будутъ допускаемы, несомнѣнно, примѣненіе амнистіи будетъ болѣе рѣдкимъ". Cabat, p. 51: „Въ силу какихъ абсолютныхъ принциповъ государство станетъ отказываться отъ поставленія для своего акта милости такихъ доказательствъ и залоговъ примиренія, въ дачѣ которыхъ его противники вправѣ ему отказать?... Условія и ограниченія вызываются самой природой и цѣлями амнистіи. Ограничить амнистію—значитъ уничтожить ее".



тія военной службы. Амнистія 1798 г. ставила условіемъ выдачу оружія въ теченіе 10 дней послѣ обнародованія амнистіи, амнистія 1792 г. ставила условіемъ дальнѣйшее неучастіе въ возстаніи. Изъ позднѣйшихъ можно упомянуть амнистію 1900 г., поставившую условіемъ уплату вознагражденія за убытки и судебныя издержки или, въ случаѣ невозможности этого, представленіе свидѣтельства о бѣдности [1]). По существу амнистія является условной, если она содержитъ въ себѣ условія потестативныя, зависящія отъ воли амнистируемаго; въ противномъ случаѣ она переходитъ въ амнистію ограниченную или частичную.

Второй крупный отдѣлъ, изъ котораго слагается ученіе объ амнистіи, есть отдѣлъ о дѣйствіи амнистіи. Обыкновенно признается, что амнистія погашаетъ какъ осужденіе, такъ и преслѣдованіе. Впрочемъ, отдѣльныя амнистіи предписывали лишь одно изъ этихъ послѣдствій. Такъ амнистія 1816 г. примѣнялась только тѣмъ лицамъ, противъ которыхъ еще не было возбуждено обвиненія, исключая лицъ осужденныхъ или преданныхъ суду. Точно также въ 1900 г. амнистія дѣяній, относящихся къ дѣлу Дрейфуса, имѣла въ виду лишь погашеніе могущихъ быть преслѣдованій, такъ какъ никто за подобныя дѣянія еще не былъ привлеченъ къ суду или осужденъ. Съ другой стороны кассаціонный судъ не призналъ за амнистію актъ, отмѣнявшій только одни наказанія (рѣш. 30 янв. 1862 г.).

Послѣдствія амнистіи, относящейся къ факту преступнаго дѣянія, могутъ быть разсмотрѣны съ точки зрѣнія уголовной, гражданской и дисциплинарной. По опредѣленію касс. суда отъ 11 іюня 1825 г., полная амнистія уничтожаетъ вмѣстѣ съ аболиціей преступленій, являющихся объек-

---

[1]) Спорнымъ является вопросъ о томъ, можетъ ли условіе амнистіи состоять въ выполненіи дѣйствія, имѣющаго характеръ наказанія. Въ такомъ видѣ амнистія могла бы сводиться къ замѣнѣ одного наказанія другимъ. Bertauld p. 552 отрицаетъ эту возможность для дѣлъ еще неоконченныхъ и допускаетъ для тѣхъ, по которымъ постановлены приговоры. Касс. судъ также допускаетъ смягченіе наказанія посредствомъ амнистіи (рѣш. 1 сентября 1837 г.). Въ особенности это правило имѣетъ значеніе для замѣны различныхъ наказаній полицейскимъ надзоромъ. Chomette. p. 59, Cabat. p. 55.



томъ ея, и преслѣдованія, которыя могутъ быть возбуждены, и осужденія, которыя могли бы быть провозглашены, такъ что преступныя дѣянія эти являются для судовъ какъ бы никогда не учиненными, исключая права третьихъ лицъ на отысканіе убытковъ въ гражданскомъ порядкѣ. Сохраненіе гражданскаго иска, несмотря на амнистію, является во французской доктринѣ извѣстнымъ принципомъ, могущимъ быть устраненнымъ лишь специальной оговоркой закона. Разсмотримъ отдѣльныя дѣйствія амнистіи особо.

Съ точки зрѣнія уголовныхъ послѣдствій, нужно различать случай окончательно вступившаго въ силу приговора и случай еще незаконченнаго производства [1]). Если въ моментъ опубликованія амнистіи окончательные приговоры еще не вступили въ законную силу, то они отпадаютъ вмѣстѣ съ прекращеніемъ актовъ преслѣдованія. Сюда будутъ относиться также осужденные par contumace въ судѣ присяжныхъ, осужденные заочно въ судѣ исправительной полиціи, осужденные въ состязательномъ порядкѣ, приговоръ по отношенію къ которымъ не вступилъ еще въ законную силу, наконецъ, осужденные, подавшіе кассаціонныя жалобы. Во всѣхъ этихъ случаяхъ амнистія относится только къ актамъ преслѣдованія. Если амнистія касается только дѣяній, не ставшихъ предметомъ преслѣдованія до момента обнародованія амнистіи [2]), то сюда должны быть отнесены всѣ дѣянія, противъ которыхъ не начато актовъ дознанія или слѣдственныхъ дѣйствій (actes de poursuites et actes d'instruction). Понятіе этихъ актовъ довольно точно опредѣлено во французскомъ правѣ.

Но такое стѣсненіе примѣненія амнистіи является обыкновенно исключеніемъ. Чаще всего она охватываетъ не только обвиненія еще незаконченныя, но и дѣянія, по которымъ состоялись вошедшіе въ полную силу приговоры; въ послѣднемъ случаѣ она погашаетъ всѣ послѣдствія, вызванныя осужденіемъ, такъ что даже вновь учиненное преступленіе не

[1]) Garraud. p. 450, Chomette, p. 75, Cabat, p. 71.

[2]) Такое ограниченіе содержала, напр., амнистія 1900 г.



разсматривается какъ рецидивъ [1]). По отношенію къ отдѣльнымъ видамъ наказаній дѣйствіе амнистіи проявляется различно. Наказанія тѣлесныя, лишающія свободы или ограничивающія ее, немедленно прекращаютъ свое дѣйствіе, не исключая полицейскаго надзора для рецидивистовъ [2]); денежныя пени [3]) и издержки [4]), уплаченныя государству, по возможности,

---

[1]) Практика установила это правило еще въ 1871 году циркуляромъ мин. юст. Санкціонировано оно было закономъ 1899 г. относительно справокъ о судимости (casier judiciaire). Въ силу этого правила, напр., амнистированное преступленіе не мѣшаетъ полученію условнаго осужденія (по зак. 1891 г.), или условнаго освобожденія (зак. 1885 г.), оно не лишаетъ права на подслѣдственную свободу (ст. 113 у. у. с.), не входитъ въ число преступленій, которыя должны быть установлены, чтобы имѣть возможность примѣнить релегацію (зак. 1885 г.). Въ виду недостаточно внимательнаго отношенія секретарей къ изъятію изъ casiers judiciaires свѣдѣній объ амнистированныхъ дѣяніяхъ, министръ юстиціи въ циркулярѣ отъ 26 іюля 1906 г. предлагаетъ принять рядъ практическихъ мѣръ для лучшаго обезпеченія такого изъятія.

[2]) Сомнѣнія на счетъ послѣдней мѣры возникали отчасти вслѣдствіе признанія ея скорѣе мѣрой предупредительной, нежели репрессивной, отчасти вслѣдствіе оговорки въ законѣ 23 января 1874 г., не допускавшей снятія полицейскаго надзора при помилованіи и давности. Литература единогласно считаетъ продолженіе полицейскаго надзора недопустимымъ, если на этотъ счетъ не имѣется оговорки въ актѣ объ амнистіи (такія оговорки содержались въ ордонансахъ объ амнистіи 1817, 1825, 1837 г.г.).

[3]) Если приговоръ о взысканіи денежныхъ пеней еще не приведенъ въ исполненіе, то пени не могутъ быть взыскиваемы; если же пени уже уплачены, то онѣ должны быть возстановлены, такъ какъ отпало основаніе полученія ихъ. Однако практика по фискальнымъ правонарушеніямъ не толкуетъ такъ благопріятно дѣйствія амнистіи и не возвращаетъ штрафовъ, уже взысканныхъ. Нѣкоторое ограниченіе этой практики введено амнистіей 2 апрѣля 1878 г., по которой пени, взысканныя въ теченіе 1877 г., должны быть возстановлены, если о томъ будетъ заявлено требованіе въ теченіе 6 мѣсяцевъ. Послѣдующія амнистіи возвращаются къ старымъ началамъ невозвращенія уплаченныхъ денежныхъ пеней, кромѣ амнистіи 1881 г., постановляющей о возстановленіи пеней, уплаченныхъ съ 16 февраля 1881 г., (момента, когда началось обсужденіе вопроса отъ амнистіи, на томъ основаніи, чтобы не создать привилегіи для лицъ, замедлившихъ уплату въ надеждѣ на амнистію).

[4]) Практика по этому вопросу колебалась. Постановленіе министра финансовъ 16 августа 1859 г., несмотря на молчаніе закона объ амнистіи, предписывало возвращать судебныя издержки. Но послѣ этого амнистіи начинаютъ истолковываться въ пользу казны, уподобляемой въ данномъ случаѣ третьему лицу, интересы котораго должны быть затронуты возможно менѣе. Такое толкованіе примѣнялось къ амнистіямъ 1878, 1879, 1881 г. Амнистія 1889 г. ясно постановляла, что судебныя издержки не возстановляются ею. Иногда даже примѣ-



должны быть немедленно возстановлены (послѣднія правила являются, впрочемъ, спорными). Что касается конфискацій, то дѣйствіе амнистіи зависитъ отъ характера ихъ: если конфискованный по приговору суда предметъ представлялъ опасность для общежитія, то конфискація является какъ бы полицейской мѣрой, и конфискованный предметъ, если на этотъ счетъ нѣтъ спеціальной оговорки въ актѣ объ амнистіи, не возвращается; если же конфискація носила характеръ наказанія, и конфискованные предметы не представляли сами по себѣ опасности, то актомъ амнистіи государство теряетъ право требовать выдачи ихъ, если они еще не выданы; обязанность обратной выдачи ихъ въ случаѣ имѣвшей уже мѣсто конфискаціи спорна, вслѣдствіе невозможности порою возстановить ихъ по истеченіи значительнаго срока [1]).

Праволишенія и ограниченія, соединенныя по закону съ нѣкоторыми наказаніями или назначенныя судьями за извѣстныя преступленія, также уничтожаются амнистіей. Сюда относятся dégradation civique, interdiction légale, interdiction des certains droits, ограниченія, назначенныя на основаніи спеціальныхъ законовъ, какъ напр. исключеніе изъ военной службы, запрещеніе посѣщенія биржи, запрещеніе торговли извѣстными предметами, запрещеніе охоты и пр. и, наконецъ, особенно, ограниченія избирательнаго права. Основанія, по которымъ назначены были эти правоограниченія, не принимаются во вниманіе при амнистіи. Допускается здѣсь, однако, одно исключеніе, именно относительно ограниченія родительской власти, назначаемаго по закону 24 іюля 1889 г. въ качествѣ слѣдствія нѣкоторыхъ преступленій. По ст. 5 этого закона, родители, лишенные власти надъ дѣтьми, могутъ получить ее обратно только посредствомъ реституціи [2]).

неніе амнистіи ставилось въ зависимость отъ уплаты судебныхъ издержекъ (амн. 1900, 1904 г.). За возстановленіе судебныхъ издержекъ высказываются Garraud, p. 451, Chomette, 80. Contra Cabat, 87.

[1]) Cabat, p. 88, Chomette p. 81.

[2]) Garraud p. 451. Chomette p. 84. Contra Cabat p. 76, признающій въ данномъ случаѣ дѣйствіе амнистіи вполнѣ равносильнымъ дѣйствію реабилитаціи.



Амнистія возстанавливаетъ права съ момента опубликованія ея, но обратной силы не имѣетъ; поэтому, напр., завѣщаніе, написанное преступникомъ, лишеннымъ правъ, останется ничтожнымъ, хотя бы тотъ былъ впослѣдствіи амнистированъ [1]). Амнистія также безсильна возстановить тѣ правоограниченія, которыя проистекаютъ не отъ самого осужденія, а отъ выполненія послѣдняго [2]). Спорнымъ, наконецъ, является вопросъ, погашаетъ ли амнистія наказаніе, которое было назначено по совокупности за нѣсколько преступленій, изъ которыхъ только нѣкоторыя погашаются амнистіей [3]).

Дѣйствіе амнистіи распространяется, какъ на главныхъ виновниковъ, такъ и на соучастниковъ [4]). Слѣдуетъ также

---

[1]) Quod ab initio vitiosum est non potest tractatu temporis convalescere. Contra Cabat p. 144 безъ солидныхъ юридическихъ основаній.

[2]) Сюда, напр., можно отнести слѣдующіе случаи: если амнистированный уже перешелъ возрастъ, позволяющій ему принимать участіе въ государственныхъ экзаменахъ или конкурсахъ, то онъ не можетъ притязать благодаря амнистіи на допустимость къ нимъ; если законъ о городскихъ избирателяхъ связываетъ право выбора съ осѣдлостью въ данномъ городѣ въ теченіе извѣстнаго числа лѣтъ, то амнистированный, покинувшій это мѣсто при заключеніи подъ стражу поневолѣ, не можетъ притязать на подобнаго рода цензъ; точно также офицеръ, потерявшій свой чинъ и достояніе вслѣдствіе осужденія, не можетъ притязать въ случаѣ амнистіи на жалованіе за время заключенія. Впрочемъ, Государственный Совѣтъ въ началѣ придерживался практики, по которой такимъ лицамъ могло быть выдано жалованіе въ размѣрѣ содержанія во время отпуска. См. Cabat p. 76—80.

[3]) По ст. 365 у. у. с. въ случаѣ нѣсколькихъ преступленій назначается лишь наказаніе, слѣдуемое за наиболѣе тяжкое изъ нихъ. Если наиболѣе тяжкимъ является амнистируемое дѣяніе, то, по рѣшенію Парижской Судебной Палаты, оно погашается. Это рѣшеніе вызвало рядъ замѣчаній, отмѣчавшихъ несправедливость по отношенію къ другимъ осужденнымъ за общія преступленія, на возможность безнаказанности учиненія общихъ преступленій и пр., но за собою оно имѣетъ соображеніе необходимости: почти невозможно опредѣлить, какое болѣе слабое наказаніе слѣдуетъ примѣнить къ амнистируемому за погашеніемъ главнѣйшаго. Мин. юст. Дюфоръ въ циркулярѣ по поводу амнистіи 1878 г. проводилъ то мнѣніе, что въ данномъ случаѣ амнистія не должна оказывать никакого вліянія, мнѣніе едва ли имѣющее юридическія основанія. Если же, наоборотъ, амнистіей погашается менѣе тяжкое дѣяніе изъ совокупности тѣхъ, за которыя было назначено наказаніе, то амнистія не оказываетъ никакого дѣйствія. Болѣе сложныя контроверзы см. Cabat p. 94—96. Chomette p. 87—90.

[4]) Оговорка въ пользу распространенія амнистіи на всѣхъ соучастниковъ рано была признана кассаціонной практикой (см. Hélie p. 721). Труднѣе всего



отмѣтить, что амнистія оказываетъ дѣйствіе и на справки о судимости (casier judiciaire), изъ которыхъ должны быть изъяты бюллетени, касающіеся амнистируемыхъ дѣяній (ст. 2 закона 1899 г.).

Амнистія, предоставленная въ публичныхъ интересахъ, должна возможно менѣе затрагивать *частные интересы* отдѣльныхъ лицъ. Эти послѣдніе могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ: 1) къ правамъ по отысканію убытковъ, причиненныхъ дѣяніями лицъ, подлежащихъ амнистіи, и 2) къ правамъ, проистекающимъ изъ различныхъ правовыхъ ограниченій, наложенныхъ на осужденнаго; эти послѣднія права могутъ не имѣть имущественнаго характера.

По отношенію къ первой категоріи правъ, всѣ амнистіи, кромѣ общей амнистіи 22 августа 1793 г., содержали въ себѣ оговорку, сохраняющую за потерпѣвшими право отысканія убытковъ въ гражданскомъ порядкѣ. Но попытки доказать недопустимость даже для законодательной власти погашенія этихъ гражданскихъ исковъ оказались безуспѣшными [1]). Спорнымъ является только вопросъ о томъ, въ какой судъ долженъ быть заявленъ искъ объ убыткахъ. Здѣсь различаютъ

здѣсь установить границы соучастія и самостоятельныхъ вспомогательныхъ преступленій (délits accessoires). Подробную практику въ примѣненіи къ отдѣльнымъ преступленіямъ см. Chomette p. 95—98. Cabat p. 97—102.

[1]) Изъ отдѣльныхъ авторовъ Le Graverend (II p. 765) безусловно высказывается за неограниченное право публичной власти погашать гражданскія притязанія, интересъ общій здѣсь долженъ быть поставленъ выше частнаго. Къ нему примыкаютъ Le Sellyer (III p. 561) и Trébutien (t. I, p. 336) которые считаютъ это прерогативой только законодательной власти. То же мнѣніе защищаютъ Dalloz (№ 140), Mangin (№ 446), Bertauld (p. 540). Противоположнаго мнѣнія придерживаются Rauter и Hélie (p. 732). „Въ правительствахъ не сосредоточена безусловная власть; разумъ и справедливость ставятъ границу для всякой власти, сколь бы могущественна она ни была. Гражданскій искъ есть такая же частная собственность, какъ и всякая иная, почему законъ имѣетъ право располагать ею? Мы не колеблемся признать, что такое распоряженіе нарушало бы принципъ, стоящій выше закона, составляло бы превышеніе власти" (Hélie). Средняго мнѣнія придерживаются Haus (№ 752) и Garraud (Traité p. 455), допускающіе погашеніе частныхъ исковъ, но требующіе, чтобы государство въ этомъ случаѣ само вознаградило потерпѣвшихъ. Garraud признаетъ даже въ данномъ случаѣ видъ экспропріаціи въ публичныхъ интересахъ.



два случая: 1) когда сторона въ моментъ провозглашенія амнистіи еще не обратилась къ уголовному суду—въ этомъ случаѣ она можетъ обратиться только въ гражданскій судъ; и 2) когда амнистія провозглашается послѣ того, какъ сторона обратилась въ уголовный судъ—здѣсь вопросъ споренъ, большинство склоняется къ мнѣнію о необходимости исключительно гражданской юрисдикціи въ случаѣ, если приговоръ по существу еще не постановленъ, и допускаетъ уголовную юрисдикцію, въ обратномъ случаѣ [1]). Иногда этотъ вопросъ рѣшается въ самомъ законѣ объ амнистіи; такъ законъ 1900 г., дарующій амнистію дѣяній, связанныхъ съ дѣломъ Дрейфуса, постановляетъ, что компетентными для рѣшенія вопроса о убыткахъ во всѣхъ случаяхъ будутъ гражданскіе суды; законъ 12 іюля 1906 г. рѣшаетъ этотъ вопросъ такъ, что „иски о вознагражденіи предъявляются въ гражданскій судъ, если они вытекаютъ изъ дѣяній, подсудныхъ суду присяжныхъ или если они еще не были внесены на разсмотрѣніе уголовнаго суда“.

Другимъ спорнымъ пунктомъ въ этой области является вопросъ о допустимости contrainte par corps для взысканія денежнаго вознагражденія. Законъ 22 іюля 1867 г. допускаетъ примѣненіе этой мѣры только въ уголовныхъ судахъ, и потому слѣдуетъ признать, что она не можетъ быть допущена въ тѣхъ случаяхъ, если амнистія погашаетъ дѣянія еще до постановленія приговора по существу; но если рѣшеніе о взысканіи убытковъ успѣло быть постановленнымъ уголов-

---

[1]) Впрочемъ, вопросъ споренъ въ послѣднемъ случаѣ. Здѣсь имѣются 3 системы: согласно первой (Le Graverend, палаты Парижа и Руана) уголовная подсудность гражданскихъ исковъ всегда устраняется; по второй (касс. рѣш. 17 марта 1882 г.) уголовный судъ, наоборотъ, всегда долженъ постановить приговоръ, если потерпѣвшій обратится туда; наконецъ по 3-ей, смѣшанной системѣ, изложенной у насъ, проводится различіе въ зависимости отъ того, постановленъ ли приговоръ по существу, или нѣтъ (Mangin, Le Sellyer, Trébutien, Garraud, Cabat, Chomette). Въ 1900 г. законодатель, исключая общимъ образомъ компетенцію уголовныхъ судовъ, считалъ, что производство уголовное, окруженное большей публичностью, большимъ числомъ свидѣтелей, гораздо легче можетъ стать средствомъ возбужденія страны въ рукахъ лицъ, не желающихъ забвенія. Cabat p. 126.

нымъ судомъ, то слѣдуетъ признать за истцомъ право на примѣненіе этой мѣры [1]). Впрочемъ, практика послѣдняго времени распространяетъ примѣненіе этой мѣры и за указанные предѣлы [2]). Послѣднія амнистіи 1889, 1900, 1904 г.г. постановляютъ, что contrainte par corps не примѣняется по отношенію къ амнистированнымъ преступникамъ, виновнымъ въ нарушеніи законовъ объ охотѣ, рыбной ловлѣ, о косвенныхъ налогахъ, уставовъ таможенныхъ, желѣзнодорожныхъ, полицейскихъ и пр., если они докажутъ свою крайнюю нужду.

Любопытно также отмѣтить, что погашеніе уголовнаго преслѣдованія амнистіей въ нѣкоторомъ отношеніи даже улучшаетъ положеніе гражданскаго истца; именно, гражданскій искъ, бывшій раньше соединеннымъ съ искомъ публичнымъ, послѣ амнистіи становится независимымъ, и потому можетъ быть осуществляемъ въ теченіе болѣе продолжительныхъ давностныхъ сроковъ, чѣмъ прежде, когда онъ былъ подчиненъ весьма краткимъ срокамъ уголовнаго преслѣдованія (вмѣсто 1, 3 и 10 лѣтъ онъ имѣетъ силу въ теченіе 30 лѣтъ [3]).

Амнистія не должна причинять ущерба и такимъ правамъ третьихъ лицъ, которыя проистекаютъ изъ наложенныхъ на осужденныхъ ограниченій. Сюда относятся: 1) переходъ имущества осужденнаго къ его наслѣдникамъ, допускавшійся раньше при присужденіи къ гражданской смерти. Рѣшеніе кассаціоннаго суда отъ 1 февраля 1842 г. не допускало возстановленія перешедшаго наслѣдникамъ имущества [4]); брачныя же узы, если за это время не было заключено но-

---

[1]) Рѣшеніе Парижской палаты отъ 30 мая 1882 г. признало возможность примѣненія contrainte, если потерпѣвшій обратился до амнистіи въ уголовный судъ. Противъ этого Chomette p. 111.

[2]) Такъ слѣдуетъ отмѣтить рѣшеніе той же Парижской палаты отъ 16 января 1902 г.: „Contrainte par corps является не наказаніемъ, а принудительной мѣрой, имѣющей цѣлью обезпечить взысканіе присужденнаго вознагражденія; отсюда слѣдуетъ, что въ предоставленіи ея нельзя отказывать тому, кто имѣлъ право на нее въ моментъ обращенія въ уголовный судъ. Такъ какъ амнистія 27 декабря 1900 г. формально оговорила неприкосновенность правъ третьихъ лицъ, то эти права должны сохранить ту санкцію, которая имъ была присуща до амнистіи“.

[3]) Cabat p. 136.

[4]) Подробное разсмотрѣніе его см. Cabat p. 140—143.



ваго брака, возстановлялись (рѣш. 31 іюля 1850 г.) съ установленіемъ снова общности имущества супруговъ; 2) если благодаря осужденію одинъ изъ супруговъ получилъ разводъ или séparation de corps, то амнистія дѣянія, повлекшаго разводъ, все же не возстановлясть брака [1]); 3) наконецъ, возможенъ и такой случай, когда наслѣдникъ получаетъ амнистію за покушеніе на жизнь умершаго завѣщателя; имѣетъ ли онъ тогда право участвовать въ наслѣдствѣ съ другими наслѣдниками, несмотря на запрещеніе ст. 727 гражд. ул., лишающее его этого права, какъ недостойнаго? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно, такъ какъ запрещеніе ст. 727 основано не на соображеніи нарушенія такимъ наслѣдникомъ закона, а на презумпціи нравственныхъ узъ при наслѣдованіи.

Наконецъ, слѣдуетъ разсмотрѣть послѣдствія амнистіи съ точки зрѣнія *дисциплинарныхъ* послѣдствій, которыя повлекло за собою осужденіе. Законъ предоставляетъ иногда право различнымъ корпораціямъ, какъ публичнымъ, такъ и частнымъ, осуществлять дисциплинарную власть въ интересахъ поддержанія нравственнаго авторитета и должнаго уваженія къ опредѣленнымъ правиламъ общежитія [2]). Благодаря учиненію кѣмъ либо изъ членовъ корпораціи преступнаго дѣянія, возникаетъ поводъ къ проявленію этой власти, въ частности, въ видѣ высшей мѣры—исключенія изъ общества и лишенія соотвѣтственныхъ правъ виновнаго. При дарованіи амнистіи приходится рѣшать, могутъ ли быть возстановлены эти права, имѣющія порою весьма существенное значеніе. Для правильнаго рѣшенія приходится провести нѣкоторое различіе: имен-

---

[1]) Касс. рѣш. 31 іюля 1850 г.

[2]) Такъ дисциплинарной власти подчинены адвокаты, судьи, общественные служащіе, лица административнаго вѣдомства, чины арміи, учащіеся, члены различныхъ обществъ и т. д. Иногда принадлежность къ извѣстному обществу, какъ напр. ордену почетнаго легіона во Франціи, сопряжена съ особыми привилегіями см. Garraud. Traité II n°. 557. Esmein. Pandectes francaises n°. 149. Fuzier-Hermann. n°. 268. Но отъ дисциплинарной власти такого рода нужно отличать административныя взысканія, налагаемыя министрами. Gand. L'amnistie et les peines disciplinaires. Rev. penit. 1905. p. 1026.



но, необходимо установить, была ли дисциплинарная мѣра послѣдствіемъ самаго факта осужденія, наступившимъ ipso jure послѣ учиненія дѣянія, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ наложеніе дисциплинарной мѣры, соединенное съ осужденіемъ, имѣетъ характеръ репрессивный, и потому должно отпасть вмѣстѣ съ изданіемъ амнистіи. Но если дисциплинарная мѣра была постановлена *рѣшеніемъ* корпораціи, обсуждавшей самый вопросъ о ея наложеніи, то рѣшеніе контроверзы должно основываться на мотивахъ, послужившихъ къ наложенію этой мѣры. Если мотивомъ, напр. для исключенія изъ числа членовъ ордена Почетнаго Легіона, послужилъ только самый фактъ осужденія, то амнистированному предоставляется войти съ ходатайствомъ о своемъ возстановленіи [1]), если же мотивъ состоялъ въ признаніи позорящимъ самого дѣянія, независимо отъ уголовной его оцѣнки, то амнистія не оказываетъ никакого вліянія на отмѣну дисциплинарной мѣры. Здѣсь уголовное и дисциплинарное производства происходятъ обособленно, и погашеніе одного не затрагиваетъ основаній другого. Государство не можетъ навязывать своей точки зрѣнія корпораціи, руководящейся принципами скорѣе моральнаго характера [2]).

---

[1]) Любопытно, что приговоренные къ тяжкому уголовному наказанію (peine criminelle) находятся въ болѣе благопріятномъ отношеніи къ возстановленію по амнистіи, нежели приговоренные къ наказанію исправительному. Въ первомъ случаѣ на основаніи ст. 1 устава Ордена они подлежатъ исключенію посредствомъ простого занесенія приговора о нихъ въ журналъ, такъ что исключеніе всегда имѣетъ репрессивный характеръ, устраняемый амнистіей. Во второмъ случаѣ исключеніе зависитъ „отъ природы преступленія и тяжести назначеннаго наказанія", оцѣнка которыхъ, согласно ст. 46 устава, поручается президенту и совѣту Ордена, и потому возстановленіе происходитъ не ipso jure, а послѣ новаго разсмотрѣнія основаній. Chomette p. 125—129. Тамъ же разсмотрѣніе практики Conseil d'Ordre.

[2]) Этотъ вопросъ подробно обсуждался по поводу амнистіи 1900 г. относительно дѣяній, касающихся дѣла Дрейфуса. Представлялось спорнымъ, погашаетъ ли амнистія дисциплинарное производство, могущее быть возбужденнымъ противъ нѣкоторыхъ офицеровъ по этому дѣлу. Изъ подготовительныхъ работъ парламента можно было заключить, что погашеніе этихъ производствъ имѣлось въ виду. Въ смыслѣ погашенія ихъ высказывается Cabat p. 113. Ст. 2 закона 1905 г. объ амнистіи пытается рѣшить этотъ вопросъ внесеніемъ въ самый законъ указанія на то, что погашенію подлежатъ и всѣ дисциплинарныя взыска-



Послѣдняя часть ученія объ амнистіи заключаетъ въ себѣ начала **примѣненія амнистіи.** Безспорнымъ является то положеніе, что исполненіе амнистіи принадлежитъ различнымъ органамъ административной власти, примѣняющимъ ее какъ бы механически, толкованіе же амнистіи предоставлено власти судебной [1]). По отношенію къ лицамъ, уже осужденнымъ и отбывающимъ наказаніе, министры должны предписать своимъ подчиненнымъ о немедленномъ освобожденіи ихъ; если же кто либо считаетъ себя неправильно исключаемымъ изъ дѣйствія амнистіи, то компетентнымъ для рѣшенія вопроса явится судъ, постановившій приговоръ; онъ опредѣляетъ характеръ дѣянія, за которое извѣстное лицо было осуждено. По отношенію же къ обвиняемымъ или подсудимымъ компетентнымъ является только судъ, который и постановляетъ рѣшеніе о прекращеніи дѣла, по предложенію прокуратуры. Право прекращенія дѣла принадлежитъ коронному суду, даже если дѣло рѣшается съ участіемъ присяжныхъ. Наконецъ, по отношенію къ обвиняемымъ, противъ которыхъ въ моментъ провозглашенія амнистіи еще не было возбуждено преслѣдованіе, право примѣненія находится въ рукахъ прокуратуры, если же прокуратура, несмотря на амнистію, вноситъ требованіе о производствѣ слѣдственныхъ дѣйствій, то прекращеніе ихъ зависитъ уже отъ суда [2]). Въ своей дѣятельности прокуроры руководятся непосредственными указаніями министра юстиціи.

нія. Противъ такого вторженія государства возстаетъ Gand (Amnistie et peines disciplinaires. Rev. Pen. 1905. p. 1027), указывая, что дисциплинарныя взысканія отличны отъ уголовныхъ и по своей природѣ и по санкціямъ, на которыхъ они покоятся. Дисциплинарныя требованія выше уголовныхъ. Законъ объ амнистіи 12 іюля 1906 г. уже значительно суживаетъ возстановленіе въ правахъ по отношенію къ коллегіямъ, пользующимся дисциплинарной властью. Такъ въ ст. 2 онъ постановляетъ лишь, что „амнистированныя дѣянія не могутъ служить основаніемъ для исключенія или отказа отъ принятія гражданина въ совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ (barreau), если онъ вообще удовлетворяетъ условіямъ пріема“. (France Judiciaire. Septembre 1906. p. 332).

[1]) Впрочемъ, изъ этого правила имѣлось два исключенія: существуютъ мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 23 іюня 1810 г., дающее истолкованіе амнистіи отъ 25 марта того же года, и императорское постановленіе 10 января 1870 г., истолковывающее амнистію 14 августа 1869 г.

[2]) Если же прокуратура не возбуждаетъ преслѣдованія противъ какихъ-либо



Правила истолкованія амнистіи имѣютъ также свои особенности. Амнистія, по существу, есть законъ исключительный, и въ качествѣ таковаго должна была бы толковаться ограничительно. Но это мнѣніе, поддерживавшееся раньше старыми авторами [1]), вскорѣ было замѣнено обратнымъ, по которому амнистія, какъ актъ милости, подлежитъ возможно большему распространенію. Здѣсь именно имѣется favor ampliandi [2]). Однако практика признаетъ недопустимымъ распространеніе амнистіи по аналогіи на дѣянія, ясно не предусмотрѣнныя въ актѣ объ амнистіи [3]). Если текстъ закона неясенъ, суды должны руководиться мотивами, продиктовавшими законъ, и характерными свойствами самаго института амнистіи [4]). На практикѣ неоднократно возникали затрудненія въ толкованіи амнистій, выражающихъ обыкновенно въ слишкомъ общихъ терминахъ весьма сложныя дѣянія, и почти по вопросу объ установленіи каждой категоріи преступныхъ дѣяній существуетъ обильная кассаціонная практика [5]), въ особенности она велика по вопросу объ опре-

---

дѣяній, считая ихъ погашенными амнистіей, то фактически здѣсь она является истолковательницей закона, хотя по праву это право ей не принадлежитъ; въ такихъ случаяхъ частныя лица и слѣдственный судья по ст. 63 уст. угол. суд. могутъ возбуждать жалобы; подобное же право принадлежитъ по ст. 235 уст. угол. суд. и апелляціонному суду, который самъ можетъ предписать производство слѣдствія.

[1]) Berriat-Saint Prix. p. 347. Duverger. Manuel du juge d'instruction t. I n. 66. Кассаціонныя рѣшенія 31 марта 1832 г. и 11 іюля 1856 г.

[2]) Мнѣнія этого придерживаются Mangin, p. 316; Haus, p. 991; Morin, p. 54; Le Sellyer, p. 384; Labori, p. 25; Chomette, p. 138; Cabat, p. 157; Bonnefoy, p. 25.

[3]) „Exceptio non praesumitur“ — таковъ принципъ толкованія. Судебная практика, однако, признаетъ, что амнистія должна покрывать дѣянія, которыя формально приравниваются другими законами къ дѣяніямъ, упомянутымъ въ актѣ объ амнистіи.

[4]) Chomette, p. 142.

[5]) Беру изъ книги Cabat, p. 160—168 нѣсколько примѣровъ. Амнистія дѣяній, учиненныхъ на службѣ въ національной гвардіи, распространена и на службу въ алжирской милиціи (рѣш. 19 августа 1869 г.). Незаконное содержаніе аптеки не подходитъ подъ нарушенія правилъ санитарной полиціи и т. д. Понятіе „революціонныхъ преступленій“ амнистіи VI года кассаціонный судъ опредѣлилъ „какъ преступленій, вытекающихъ изъ антагонизма политическихъ убѣжденій, учинить которыя побудилъ французовъ революціонный пылъ“.

дѣленіи характера политическихъ преступленій [1]). Всякія условія, которыя ставятся при дарованіи амнистіи, и ограниченія ея подлежатъ стѣснительному толкованію, какъ отчасти подрывающія значеніе самого акта [2]).

Наконецъ, существеннымъ вопросомъ толкованія является установленіе даты амнистіи. Амнистія по своему характеру не можетъ распространяться на дѣянія будущія, иначе она покровительствовала бы преступленію. Но возникаетъ вопросъ, должна ли амнистія охватывать дѣянія, учиненныя въ промежутокъ времени между ея датой и ея опубликованіемъ, т. е. не является ли для нея, какъ и для другихъ законовъ, рѣшающимъ моментъ обнародованія? Кассаціонный судъ отвѣтилъ отрицательно на этотъ вопросъ, установивъ, что рѣшающимъ моментомъ для примѣненія амнистіи является ея

---

[1]) Циркуляръ 9 мая 1837 г. въ качествѣ критерія для отличенія политическихъ преступленій указываетъ характеръ нарушенныхъ дѣяніемъ интересовъ. Но съ такой точки зрѣнія къ области политическихъ преступленій не будутъ отнесены даже преступленія печати. Кассаціонный судъ рѣшеніемъ 6 августа призналъ, что нельзя придавать характера политическаго преступленія вооруженному сопротивленію 20 лицъ противъ національной гвардіи. Либеральнѣе рѣшеніе кассаціоннаго суда 14 августа 1869 г., допускающее, что и общія преступленія (въ данномъ случаѣ оскорбленія и насилія надъ должностными лицами при выборахъ) могутъ при извѣстныхъ условіяхъ становится политическими дѣяніями. Императорское постановленіе 1870 г. признавало политическими дѣянія, по которымъ наказаніемъ являлась депортація. Относительно преступленій печати дѣлались оговорки, исключавшія примѣненіе амнистіи въ случаѣ устнаго оскорбленія, дѣяній противъ нравственности, въ случаѣ обнародованія ложныхъ извѣстій, нанесенія оскорбленій посредствомъ открытыхъ писемъ и пр. Спорнымъ являлось также опредѣленіе часто встрѣчавшагося термина „faits connexes“. По мнѣнію министра юстиціи, изложенному въ палатѣ депутатовъ (Discours, prononcée 2—3 Novembre 1905. p. 2963), „faits connexes включаютъ въ себя всѣ факты, проявившіеся по поводу стачки (въ данномъ случаѣ о смежностью съ ней шла рѣчь), какова бы ни была квалификація ихъ, если они имѣютъ тѣсное отношеніе къ стачкѣ и могутъ быть покрыты тѣмъ же извинительнымъ обстоятельствомъ увлеченія и страсти“. Имъ противупоставляются „faits concomitants“: „если въ моментъ стачки произойдетъ въ какомъ либо пунктѣ города преступленіе и если оно не имѣетъ никакого отношенія къ стачкѣ, то оно, какъ fait concomitant, не можетъ быть покрыто амнистіей (см. Rev. penit. 1905. p. 1368“).

[2]) Правило это имѣетъ особенное значеніе въ случаѣ, если примѣненіе амнистіи поставлено въ зависимость отъ уплаты судебныхъ издержекъ, въ частности, если эти издержки, какъ то было въ амнистіи 1900 г., превышаютъ извѣстный размѣръ. Cabat. p. 174—192 и кассац. практика.



дата (рѣш. 17 іюля 1839 г.) [1]). Примѣненіе амнистіи по отношенію къ отдѣльнымъ формамъ преступнаго дѣйствія не представляетъ затрудненій. Преступленія продолжаемыя не считаются погашенными амнистіей, если они продолжаются и послѣ обнародованія ея; преступленія коллективныя или привычки какъ бы прерываются амнистіей, для оцѣнки привычки должны быть взяты только дѣянія, учиненныя послѣ амнистіи; преступленія, считающіяся учиненными лишь по протеченіи извѣстнаго срока, не покрываются амнистіей, если эти сроки еще не протекли ко времени даты амнистіи [2]).

Въ заключеніе слѣдуетъ упомянуть, что представленіе проекта амнистіи не пріостанавливаетъ ни преслѣдованія, ни исполненія приговоровъ, хотя на практикѣ бывали отступленія отъ этого правила [3]).

Французская доктрина, такимъ образомъ, проводитъ рѣзкую разницу между амнистіей и помилованіемъ съ точки зрѣнія основныхъ свойствъ. Амнистія, въ противоположность помилованію, исключительна, неотмѣнима, обща, реальна и предоставляется посредствомъ закона. Право же помилованія составляетъ прерогативу президента республики, осуществляемую имъ безпрерывно. При Министерствѣ Юстиціи существуетъ section des affaires criminelles, которая разслѣдуетъ просьбы о помилованіи и докладываетъ ихъ еженедѣльно президенту [4]).

---

[1]) Въ литературѣ мы наблюдаемъ разногласіе. Dupin считаетъ обязательнымъ срокъ обнародованія, громадное большинство—время даты. Cabat p. 194 высказываетъ среднее мнѣніе: по отношенію къ представителямъ общества, судьямъ и чиновникамъ, обязаннымъ исполнять уголовные законы, амнистія имѣетъ силу со времени обнародованія, офиціально удостовѣрившаго ея существованіе; по отношенію же къ лицамъ амнистируемымъ дѣйствіе ея не распространяется дальше ея даты.

[2]) Напр. рѣшеніе кассаціоннаго суда 1901 г. относительно отказывавшихся отъ военной службы, которымъ оставался еще мѣсяцъ до истеченія окончательнаго срока явки.

[3]) Напр. въ виду внесеннаго въ палату проекта амнистіи, министръ юстиціи 16 мая 1877 г. издалъ циркуляръ, по которому прокурорамъ предписывалось „пріостановить всякое исполненіе приговоровъ и всякое преслѣдованіе спеціальныхъ преступленій печати въ виду представленнаго проекта амнистіи“.

[4]) По любезно сообщенному намъ начальникомъ этого отдѣленія Henri Locard въ письмѣ свѣдѣнію, число лицъ, обращающихся за помилованіемъ,



Глава IV.

Постановка конструкціи амнистіи въ формѣ закона въ другихъ государствахъ.

Выработанная французской Великой Революціей система амнистіи, какъ законодательнаго акта, постепенно находитъ себѣ признаніе и въ другихъ странахъ, въ которыхъ, однако, отчасти благодаря различіямъ въ построеніи законодательнаго аппарата, отчасти благодаря сознательно введеннымъ измѣненіямъ, чистая система, господствующая во Франціи, подвергается нѣкоторымъ модификаціямъ, на которыхъ не лишне будетъ остановиться.

Полнѣе всего французскую систему заимствовала *Бельгія* [1]). Главное различіе, конечно, заключается въ томъ, что амнистія, выработанная парламентомъ, подлежитъ въ Бельгіи утвержденію короля. Конституція Бельгіи отъ 7 февраля 1831 г., слѣдуя примѣру французскаго законодательства 1791 г., въ ст. 73 сохранила за королемъ право помилованія, уничтоживъ совершенно право аболиціи. Для амнистіи же практика установила законодательный порядокъ [2]), хотя въ конституціи по этому вопросу имѣется пробѣлъ. Haus основываетъ свое мнѣніе о необходимости признанія законодательнаго порядка въ данномъ случаѣ на мнѣніяхъ составителей конституціи, которые имѣли въ виду установить этотъ порядокъ, и на существѣ этой мѣры (§ 991). Въ виду отсутствія законодательныхъ постановленій объ амнистіи практика руководится лишь общими теоретическими положеніями французской доктрины. Такъ признается, что толкованіе амнистіи принадлежитъ исключительно суду; толкованіе это должно быть по возможности расширительнымъ. Амнистія не должна

достигаетъ ежегодно 11—12.000. Пользуемся случаемъ, чтобы принести здѣсь искреннюю благодарность Henri Locard и за нѣкоторыя указанія его относительно французской конструкціи амнистіи.

[1]) Prins, Science pénale et droit positive 1899; Haus, Principes généraux du droit pénale belge. 1885. III.

[2]) Такъ бывшія въ Бельгіи амнистіи 27 іюня 1840 г., 31 мая 1866 г. и 2 сентября 1870 г. были изданы въ законодательномъ порядкѣ.



распространяться на дѣянія, учиненныя по мотивамъ корысти или мести, не должна погашать гражданскихъ послѣдствій преступленія. Почти всѣ бельгійскія амнистіи имѣли политическій характеръ. Оригинальныхъ взглядовъ какъ видно изъ указаннаго, бельгійская конструкція амнистіи содержитъ мало; бельгійская же литература по разработкѣ амнистіи почти сливается съ литературой французской.

Тотъ же порядокъ принятъ и въ *Нидерландахъ*. Ст. 68 нидерландской конституціи 1887 г. гласитъ: „Король имѣетъ право освобождать отъ наказаній наложенныхъ судами. Онъ осуществляетъ это право по выслушаніи мнѣнія суда, указаннаго для этой цѣли общими распоряженіями. *Амнистія* или *общее освобожденіе отъ наказаній* не могутъ быть дарованы иначе, какъ въ законодательномъ порядкѣ". Въ Голландіи такимъ образомъ, въ отличіе отъ французской системы, коллективное помилованіе отнято отъ исполнительной власти и передано власти законодательной; индивидуальное же помилованіе осуществляется не иначе, какъ по заключенію суда. Къ сожалѣнію, за недоступностью литературы, мы не имѣли возможности подробнѣе обрисовать эту систему.

Далѣе, къ числу государствъ, принявшихъ французскую конструкцію амнистіи, относится *Болгарія* Ст. 15 болгарской конституціи 1879 г. постановляетъ, что „право амнистіи принадлежитъ князю совмѣстно съ народнымъ собраніемъ". Отличительной чертой болгарскаго законодательства служитъ лишь то, что, благодаря существованію въ Болгаріи одной законодательной палаты, предоставленіе амнистіи для правительства, располагающаго здѣсь большинствомъ, гораздо легче, нежели при системѣ двухъ палатъ, гдѣ проекты правительства встрѣчаютъ нѣкоторый тормазъ [1]).

---

[1]) Благодаря любезности декана юридическаго факультета въ Софіи, профессора уголовнаго права, Вл. Моллова, доставившаго намъ переводъ всѣхъ болгарскихъ законовъ объ амнистіи и сообщившаго въ весьма обстоятельномъ письмѣ о подробностяхъ ихъ изданія и примѣненія, авторъ имѣетъ возможность представить положеніе дѣла довольно подробно. Считаю пріятнымъ долгомъ выразить здѣсь проф. Моллову искреннюю признательность за его содѣйствіе.



Общее представленіе объ амнистіи, какъ о мѣрѣ, имѣющей своею цѣлью забвеніе событій прошлаго, послѣ крупныхъ безпорядковъ и партійныхъ усобицъ, вполнѣ признается въ Болгаріи. Предъявляемыя къ амнистіи требованія реальности, общности, невозвратимости теоретически признаны и въ Болгаріи.

Дѣйствіе амнистіи относится къ самому факту преступнаго дѣянія; оно совершенно уничтожаетъ всѣ судебныя дѣйствія по поводу этого факта и погашаетъ назначенное наказаніе. Сохраняется лишь самый фактъ дѣянія, какъ основаніе гражданскаго иска. Вознагражденіе за вредъ и убытки можетъ быть отыскиваемо въ общемъ порядкѣ и послѣ амнистіи (ст. 17 и 18 у. у. с.). Однако не всегда эти общія правовыя требованія понимались одинаково и не всегда практика придерживалась ихъ. Допускались иногда, подъ вліяніемъ партійныхъ стремленій, и такія отступленія, которыя отрицали, такъ сказать, самое понятіе амнистіи.

Первая амнистія, обнародованная въ Болгаріи, была амнистіей международнаго характера, изданной послѣ войны 1878 года [1]). Она была издана безъ участія народнаго

---

[1]) Амнистія эта основывалась на IX статьѣ заключеннаго между Россіей и Портой трактата 27-го января (8 февр.) 1879 года. Приводимъ ее цѣликомъ, какъ образецъ амнистіи подобнаго рода.

„Между Русскимъ Императорскимъ Коммиссаромъ въ Болгаріи и Императорскимъ Россійскимъ Посломъ въ Константинополѣ было выяснено, что амнистіи подлежатъ:

1. Турецкіе подданные, совершившіе убійства, грабежи и другія тяжкія уголовныя преступленія до занятія страны Русскими войсками, и по дѣламъ которыхъ по Рѣшенію Кассаціоннаго присутствія при Главнокомандующемъ 2 сентября 1878 была признана неподсудность военнымъ судамъ.

2. Турецкіе подданные, совершившіе такія преступленія послѣ занятія страны русскими войсками до заключенія Санъ-Стефанскаго договора 19 февраля 1878 года, дѣла которыхъ были подсудны военнымъ судамъ и окончательно разрѣшены или еще находятся на разсмотрѣніи общихъ судовъ, къ которымъ они перешли послѣ упраздненія военныхъ судовъ.

Къ освобожденнымъ по этому основанію турецкимъ подданнымъ можно для обезпеченія общественнаго порядка и избѣжанія мщенія со стороны жителей, примѣнить принудительную высылку изъ страны или поступать съ ними другимъ соотвѣтствующимъ способомъ".

(Окружное письмо № 1181 5-го іюня 1880 г., Министерство Правосудія).

представительства и имѣетъ чрезвычайно широкій характеръ.

Амнистіи парламентарныя начинаются съ 1881 г. Въ началѣ самое понятіе амнистіи не было установлено вполнѣ точно. Амнистіи, дарованныя во время такъ называемыхъ „полномочій", т. е. во время суспенсаціи конституціи (съ 27 апрѣля 1881 г. по 7 сентября 1883), носятъ названіе „*постановленій*" [1]). Затѣмъ послѣ прекращенія „полномочій" понятіе амнистіи начинаетъ выясняться. Однако Народное Собраніе даетъ амнистію не посредствомъ „*закона*", а посредствомъ „*рѣшенія*, утвержденнаго Высочайшимъ Указомъ" [2]). Только послѣ паденія Стамбулова вопросъ объ амнистіи получаетъ окончательное разрѣшеніе. Общественное значеніе амнистіи усиливается, и Народное Собраніе признаетъ, что амнистія можетъ быть дарована только въ формѣ закона [3]).

Окружнымъ письмомъ № 1267 11-го іюня 1880 г. М—ство Правосудія разъяснило, что амнистированныя на указанномъ выше основаніи лица не освобождаются отъ гражданской отвѣтственности за вредъ и убытки, причиненные ихъ преступленіями, и гражданскій искъ можетъ быть вчиненъ противъ нихъ.

[1]) Напр. „Постановленіе. утвержденное Высочайшимъ Указомъ отъ 30 августа 1881 г., которымъ дается полная амнистія всѣмъ политическимъ преступникамъ за дѣянія, совершенныя послѣ 27 апрѣля 1881 г. до 1 іюля того же года.

[2]) Рѣшеніе отъ 1 октября 1883 г., амнистировавшее всѣхъ лицъ, осужденныхъ или находящихся подъ судомъ и слѣдствіемъ за политическія преступленія, рѣшеніе отъ 24 декабря 1888 г. объ амнистіи всѣхъ политическихъ преступниковъ (кромѣ зачинщиковъ и главарей), участвовавшихъ въ „приключеніяхъ отъ 9 августа 1886 г.", „рѣшеніе за амнистираніе на бившия майоръ Поповъ" отъ 24 декабря 1888. Впрочемъ, въ этотъ періодъ мы находимъ и названіе амнистіи „закономъ": Законъ 24 декабря 1883 г.: „Дается амнистія всѣмъ ополченцамъ, которые отданы подъ судъ окружными воинскими начальниками по 52 ст. закона о народномъ ополченіи". Наконецъ, встрѣчается и „предложеніе, утвержденное Высоч. Указомъ отъ 17 декабря 1889 г.", по которому „дается амнистія за преступленія оскорбленія чести, побои и лишенія свободы, совершенныя чиновниками во время отъ 9 августа 1886 г. по 2 августа 1887". Это послѣднее „предложеніе" сильно напоминаетъ англійскій bill of indemnity послѣ пріостановки Habeas corpus act. См. ниже.

[3]) Амнистіи, относящіяся къ этому періоду, суть слѣдующія: амнистія 20 декабря 1894, погашавшая всѣ политическія преступленія, совершенныя отъ 24 декабря 1883 г. до 15 декабря 1894 г. (съ многими ограниченіями); амнистія 23 декабря 1896, даровавшая уже всеобщее прощеніе за всѣ учиненныя въ тотъ

Всѣ правила объ иниціативѣ, разсмотрѣніи, принятии и утвержденіи законовъ имѣютъ приложеніе и къ амнистіи.

же періодъ времени, какъ и предыдущая, политическія преступленія; амнистія 7 февраля 1900 г., погашавшая преслѣдованія и наказанія за преступленія, учиненныя отъ 18 мая 1894 г. до 31 марта 1899 г., политическаго характера, печати, по выборамъ и противъ органовъ самоуправленія; амнистія 20 апрѣля 1901 г. за цѣлый рядъ преступленій по поводу изданія и примѣненія „закона о налогахъ на произведенія земли—1900 и 1901 гг." а также за заочное оскорбленіе Величества; наконецъ, полная амнистія отъ 4 января 1904 г., за всѣ политическія преступленія, учиненныя отъ 1897 г. до 15 декабря 1903 г. противъ правилъ о печати, по выборамъ и по поводу выборовъ и противъ органовъ самоуправленія („по бламированію, растурянію, (раскассированію) и взятію кметствъ и общинныхъ совѣтовъ"). Особо стоятъ личныя амнистіи 31 декабря 1908 г. и 30 января 1904 г, предоставленныя осужденнымъ министрамъ и высшимъ полицейскимъ чиновникамъ. Приводимъ эти послѣднія въ дословномъ переводѣ.

I. „Законъ за амнистія на бившихъ министри, Тодоръ Иванчова, Димитъръ Тончевъ и д-ръ Василій Радославовъ. (Утв. Выс. Указ. 31, XII 1903 № 97, 3/04).

„Дается полная и совершенная амнистія бывшимъ министрамъ, Тодору Иванчову, Дмитрію Тончеву и д-ру Василію Радославову за всѣ совершенныя ими, въ качествѣ министровъ, начиная отъ 20 января 1899 год. до 10 января 1901 года, дѣйствія, предусмотрѣнныя въ ст. 155 конституціи и ст. 21 закона о судимости министровъ.

Вслѣдствіе этой амнистіи нельзя начинать противъ упомянутыхъ министровъ никакого новаго уголовнаго и гражданскаго преслѣдованія; уничтожается всякое начатое противъ нихъ преслѣдованіе и производство; уничтожается также и постановленный противъ нихъ приговоръ государственнаго суда.

Считается, что упомянутые бывшіе министры не были лишены своихъ гражданскихъ и политическихъ правъ.

Настоящая амнистія распространяется и на судебныя издержки, опредѣленныя приговоромъ государственнаго суда, которыя падаютъ на государственную казну".

О политическихъ условіяхъ этой амнистіи см. П. Н. Милюковъ. Болгарская конституція. Сборникъ Политич. Строй изд. П. Долгорукова 1905. стр. 644.

II. Законъ за амнистиране на бившия Софійски градоначальникъ, Илия Лукановъ и бившимъ полицейски чиновници: Тодоръ Тотевъ, Радушъ Паналіостовъ, Христо Мариновъ и Никола Сойтаровъ. (Утв. съ Височ. Указъ отъ 30, I. 1904 подъ № 22).

„Членъ единственъ. Дается полная амнистія бывшему Софійскому градоначальнику, Ильѣ Луканову и бывшимъ полицейскимъ чиновникамъ: Тодору Тотеву, Радушу Паналіотову, Христо Маринову и Николѣ Сойтарову, за совершенныя ими преступныя дѣянія въ качествѣ должностныхъ лицъ, во время отъ 9-го августа 1886 до 18 мая 1894 г. включительно.

Настоящая амнистія распространяется и на судебныя издержки, присужденныя въ пользу государственной казны по уголовнымъ дѣламъ, къ которымъ она относится".

По своему содержанію амнистіи, дарованныя въ Болгаріи, довольно разнообразны. Почти всѣ относятся къ политическимъ преступленіямъ. Но самое понятіе политическаго преступленія устанавливается очень различно. Такъ, въ амнистіяхъ 30. VIII 1881 г., I. X. 1883, 24. XII 1883, 20. XII 1894 гг. и, до извѣстной степени, въ амнистіи 7. II 1900 г. устанавливается прямо, что амнистія не распространяется на тѣ политическія преступленія, которыя соединены съ нарушеніемъ правовыхъ благъ частныхъ лицъ, т. е. такъ наз. délits connexes не входятъ въ амнистію. Болѣе неопредѣленный характеръ имѣютъ амнистіи 17. XII 1889, 7. II. 1900, 20. IV. 1901 и 4. I 1904. Первая изъ нихъ относится къ преступленіямъ по службѣ, въ остальныхъ понятіе политическаго преступленія получаетъ совершенно расплывчатое значеніе. Къ политическимъ здѣсь относятся уже дѣянія сопредѣльныя и даже прямо указывается, что политическое преступленіе должно быть опредѣлено по мотиву, а не по объектамъ. По поводу амнистіи 20. XII 1894 г. принято то толкованіе, что политическими признаются преступленія противъ внутренней и внѣшней безопасности государства, преступленія противъ особы князя, преступленія печати и, наконецъ, преступленія по выборамъ. Изъ дѣйствія же этой амнистіи исключались преступленія, имѣющія общій характеръ, хотя и совершенныя по политическимъ побужденіямъ. Амнистія 7 II. 1900, включая дѣянія сопредѣльныя, устранила однако преступленія, соединенныя съ убійствомъ, и преступленія по службѣ. Амнистія 20 IV 1901 г. идетъ тѣмъ же путемъ, опредѣляя лишь болѣе точно сами дѣянія и исключая не только убійство, но и другія преступленія противъ личности или имущества. Наконецъ, амнистія 4 I 1904 г. обнимаетъ всѣ преступленія, какого бы рода, характера или вида они ни были, противъ какого бы объекта они ни были направлены, лишь бы они были учинены при выборахъ или по поводу выборовъ или относились къ разогнанію, бламированію и взятію кметствъ или общинныхъ совѣтовъ или управленій [1]).

[1]) Изъ рѣчи Министра Юстиціи. Отчетъ XIII о засѣданіяхъ Народнаго Собранія (I. Р. С. XXXIX, 3).



Что касается лицъ, на которыхъ распространяется амнистія, то въ Болгаріи мы находимъ частыя отступленія отъ общаго требованія реальнаго характера амнистіи. Иногда, какъ напримѣръ, въ амнистіи 24 XII 1883 г., дарованной „ополченцамъ", указаніе опредѣленной категоріи лицъ не имѣетъ ограничительнаго характера, такъ какъ эти лица только и могутъ быть субъектами преступленія. Но въ большинствѣ случаевъ указаніе категорій лицъ, на которыхъ распространяется или не распространяется амнистія, обладаетъ характеромъ ограниченія, имѣющаго порою въ виду даже исключеніе отдѣльныхъ лицъ. Такъ амнистія 17 XII 1889 г. даруется исключительно „чиновникамъ"; амнистіи 1894 и 1900 гг. исключаютъ: первая—министровъ, вторая—чиновниковъ. Но если въ этихъ амнистіяхъ еще можно признать, что ограниченія относятся къ извѣстнымъ категоріямъ преступниковъ, то напр., амнистія 1888 г. 24 XII исключаетъ только извѣстныхъ индивидуальныхъ лицъ. Въ томъ же 1888 г. издана даже амнистія по отношенію къ одному лицу—бывшему майору Попову, что конечно, является отрицаніемъ самаго существа амнистіи. Къ числу подобныхъ амнистій относятся и приведенныя нами выше амнистіи 31. XII 1903 и 30. I 1904, дарованныя отдѣльнымъ министрамъ и полицейскимъ чиновникамъ [1]).

Весьма интересными являются мнѣнія отдѣльныхъ болгарскихъ политическихъ дѣятелей различныхъ партій объ амнистіи. Проф. Молловъ, обязательно взявшій на себя трудъ собранія ихъ, оговаривается однако, что въ виду узко-партій-

[1]) Статистическихъ данныхъ о числѣ лицъ, подведенныхъ подъ дѣйствіе амнистіи, въ Болгаріи, какъ и въ другихъ странахъ, нѣтъ. Однако по свѣдѣніямъ, собраннымъ проф. Молловымъ, можно съ приблизительною точностью указать нѣкоторыя цифры о числѣ амнистированныхъ. Изъ протоколовъ Народнаго Собранія видно, что амнистія 24 XII 1888 была дана по прошеніямъ 32 лицъ, осужденныхъ и эмигрантовъ; впрочемъ, благодаря сохраненію за правительствомъ права исключать главарей, они, вѣроятно, не всѣ получили амнистію. При обсужденіи амнистіи 1894 г. въ Н. Собраніи указывалось, что амнистіей воспользуются около 1000 человѣкъ. Болѣе точно указано число лицъ, которымъ даровалась амнистія 1901 г., такъ какъ министерство юстиціи предварительно вытребовало отъ прокуроровъ подробныя свѣдѣнія объ обвинительныхъ актахъ. Всего обвиняемыхъ и осужденныхъ оказалось 1724 лица. Свѣдѣній о другихъ амнистіяхъ не имѣется (кромѣ, конечно, „личныхъ" амнистій 1903 и 1904 гг.).

наго характера публицистики и господства личныхъ стремленій въ общественной жизни, къ мнѣніямъ отдѣльныхъ лицъ слѣдуетъ относиться очень осторожно, даже если они произнесены съ парламентской кафедры. Въ отдѣльныхъ мнѣніяхъ, высказывавшихся депутатами и литераторами, особенно бросается въ глаза неустановленность самаго понятія амнистіи. Такъ въ аплодированной рѣчи Стамбулова, которая повела къ амнистіи бывшаго майора Попова, безнадежно спутаны амнистія, помилованіе и возстановленіе въ правахъ. Въ 1894 г., при обсужденіи амнистіи, видный болгарскій публицистъ и писатель Стоянъ Михайловскій опредѣлилъ амнистію такъ: „Амнистія есть прощеніе, которое дается осужденнымъ политическимъ преступникамъ, проявившимъ раскаяніе". Тѣ же взгляды высказывались въ Народномъ Собраніи и при амнистіи министровъ и, позднѣе въ 1904 г., полицейскихъ чиновниковъ. Государственный судъ, придерживаясь правильной точки зрѣнія, представилъ Народному Собранію о помилованіи осужденныхъ министровъ, но вмѣсто помилованія была принята амнистія личнаго характера. Эта неустановленность понятія амнистіи находитъ себѣ объясненіе отчасти въ томъ, что многіе политическіе дѣятели не имѣютъ солиднаго образованія, отчасти въ политической или скорѣе партійной заинтересованности. Трудно предположить, чтобы входящіе въ составъ партій юристы не имѣли точныхъ знаній объ амнистіи, между тѣмъ какъ при обсужденіи послѣднихъ амнистій почти никакихъ преній въ Народномъ Собраніи не было. Политическій оппортунизмъ играетъ такимъ образомъ не малую роль въ искаженіи существа амнистіи.

Другой характеристической чертой высказывавшихся мнѣній является признаніе амнистіи политической и государственной необходимостью. Неизбѣжность амнистіи никѣмъ не отрицается, и ст. 15 конституціи никакой критикѣ въ этомъ отношеніи не подвергалась. Обычной мотивировкой амнистіи является указаніе на потребность въ умиротвореніи страны, въ забвеніи преступленій, совершенныхъ между одной и другой эпохой жизни государства. Какъ выразился депутатъ Таневъ при обсужденіи амнистіи 1894 г., амнистія дается

въ такое время, когда преслѣдованіе извѣстныхъ преступленій бываетъ болѣе опаснымъ, чѣмъ полное прощеніе.

Соображенія практической цѣлесообразности играли всегда большую роль при предоставленіи амнистіи въ Болгаріи. Основываясь на нихъ, вносили обыкновенно рядъ ограниченій въ амнистію. Этимъ объясняется исключеніе главарей и зачинщиковъ въ амнистіи 1888 г., внесенное по предложенію Стамбулова, желавшаго сохранить за правительствомъ свободу примѣненія амнистіи. Въ 1894 г., во время разгара преній объ отдѣльныхъ исключеніяхъ, лѣвыя партіи демократовъ и соціалистовъ именно и напирали на общій характеръ амнистіи, по существу недопускающій индивидуальныхъ исключеній.

Наконецъ, всѣ почти мнѣнія сходятся на признаніи власти Народнаго Собранія даровать амнистію властью формально и матеріально неограниченной, не считая, конечно, необходимости утвержденія закона объ амнистіи княземъ. Въ этомъ утвержденіи, однако, ни разу не было отказано.

При предоставленіи наиболѣе важныхъ амнистій (24 XII 1888, 20 XII 1894, 20 IV 1901 г.), Народное Собраніе слѣдовало указаніямъ политическаго опыта и давало амнистію болѣе осторожно, чѣмъ можно было ожидать, судя по общему настроенію народа. Самое отдаленное опасеніе возможности безпорядковъ влекло за собою внесеніе ограниченій въ амнистію. Такова амнистія 1888 г., когда страна еще не пришла въ нормальное состояніе. Вообще же, только необходимость успокоенія страны и увѣренность въ ненарушимости общественнаго порядка послѣ амнистіи руководила Народнымъ Собраніемъ. Лишь послѣ 1894 г. роль партій при дарованіи амнистіи увеличивается, и дѣло доходитъ даже до злоупотребленія амнистіей. Такъ, амнистія 23 XII 1896 г. скрываетъ за собою амнистію бывшихъ министровъ, о дѣйствіяхъ которыхъ было произведено разслѣдованіе избранной Народнымъ Собраніемъ анкетной коммисіей, послѣ того какъ коммисія эта установила массу злоупотребленій съ ихъ стороны. Для того, чтобы замять дѣло, министерство и провело всеобщую амнистію. Амнистіи 7 II 1900 г. и 4 I 1904 г. относятся главнымъ образомъ къ дѣйствіямъ приверженцевъ

партій, которыя получили большинство на выборахъ и своими, часто преступными, дѣйствіями укрѣпили положеніе составленнаго раньше министерства. Правда, эти амнистіи говорятъ вообще о преступленіяхъ извѣстныхъ категорій и не исключаютъ виновныхъ лицъ другихъ партій, но эти послѣднія не образуютъ обыкновенно главнаго контингента амнистируемыхъ преступниковъ. Наконецъ, амнистіи 31 XII 1903 г. и, особенно, 30 I 1904 г. можно объяснить не какими либо высшими интересами страны, а скорѣе эгоистическими соображеніями партій. Министерства, за немногими исключеніями, тѣсно связанныя съ извѣстной партіей, склонны къ неразборчивости средствъ и злоупотребленіямъ властью въ надеждѣ на амнистію Народнаго Собранія. Во время обсужденія самыхъ амнистій большой борьбы страстей не бывало, такъ какъ борьба эта обыкновенно ограничивается выборами, и министерство въ палатѣ имѣетъ подавляющее большинство. Такимъ образомъ можно утверждать, что господствующая партія въ согласіи съ министерствомъ, выходящимъ изъ ея же среды, предоставляетъ амнистію. Общественное мнѣніе въ этомъ отношеніи играетъ очень небольшую роль. Амнистія 1894 и 1901 гг., по заявленію отдѣльныхъ ораторовъ, требовались страной; другія амнистіи не волновали много общественнаго мнѣнія, и даже неправильныя амнистіи 1903 и 1904 гг. были осуждены лишь болѣе независимой печатью, но сильнаго общественнаго возбужденія не послѣдовало. Эта преобладающая роль партій при предоставленіи амнистіи, а также слабое обсужденіе ея въ народномъ собраніи создаютъ у многихъ убѣжденіе въ необходимости второй Палаты—Сената. Въ такомъ случаѣ амнистія въ значительной степени потеряла бы свое партійное значеніе, такъ какъ во второй палатѣ партіи оказываютъ всегда меньшее вліяніе и отдѣльные члены ея менѣе заинтересованы въ судьбахъ той или иной партіи. Во всякомъ случаѣ признается, что сдержка партійныхъ стремленій можетъ быть предоставлена только законодательному же органу.

Примѣненіе французской конструкціи амнистіи въ Болгаріи такимъ образомъ въ общемъ приноситъ благотворные

результаты; отдѣльныя же злоупотребленія объясняются дезорганизованностью общественнаго мнѣнія, не привыкшаго къ воздѣйствію на парламентарный механизмъ, и однопалатной системой при отсутствіи какихъ либо другихъ сдержекъ въ осуществленіи права амнистіи. Основанія амнистіи имѣютъ почти исключительно политическій, а не династическій характеръ, и потому болѣе соотвѣтствуютъ потребностямъ гражданскаго строя. Противниковъ законодательной формы амнистіи въ Болгаріи не находится.

Конструкція амнистіи, принятая *въ Швейцаріи* [1]), во многомъ приближается къ французской, однако она не лишена и многихъ оригинальныхъ чертъ, главнѣйшей изъ которыхъ является широкая возможность для населенія непосредственно участвовать въ предоставленіи амнистіи. Своеобразно также отношеніе помилованія и амнистіи другъ къ другу. Съ другой стороны, при опредѣленіи юридическаго существа амнистіи, особенно въ кантональныхъ законодательствахъ, многое заимствовано изъ германской конструкціи, на которой мы остановимся ниже.

Постановка амнистіи въ Швейцаріи должна быть разсмотрѣна особо для союзнаго законодательства, и особо для законодательства отдѣльныхъ кантоновъ.

Попытка установить единое швейцарское уголовное право впервые была сдѣлана въ 1799 г. изданіемъ Гельветическаго кодекса, но этотъ кодексъ потерялъ силу съ распаденіемъ единой Гельветической республики. До 1848 г. уголовное право относилось къ компетенціи отдѣльныхъ кантоновъ, и только по ст. 104 и 106 союзной конституціи 1848 г. рядъ деликтовъ перешелъ въ компетенцію союзнаго законодательства, чтобы дать союзу возможность защитить свое существованіе уголовно-правовыми нормами [2]). Всеобщій референ-

---

[1]) Stoos. Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. I. 1892. Conrad Stockar. Das schweizerische Begnadigungsrecht, hauptsächlich vom staats-und strafprozessrechtlichen Standpunkt aus dargestellt. Zurich. 1901.

[2]) Въ компетенцію союзной уголовной юстиціи входятъ приблизительно слѣдующія преступленія: верховная измѣна союзу, возстаніе, насиліе надъ долж-



думъ 13 ноября 1898 г. уполномочилъ измѣнить конституцію внесеніемъ ст. 64[2], по которой Союзу предоставляется право уголовнаго законодательства въ полной мѣрѣ. На основаніи этого новаго права нынѣ выработанъ общій проектъ, не прошедшій однако еще всѣхъ стадій законодательнаго обсужденія.

По дѣйствующему швейцарскому праву, Союзъ уполномоченъ къ помилованію во всѣхъ дѣлахъ, въ которыхъ приговоръ постановленъ на основаніи союзныхъ законовъ (§ 125 п. 2 закона о Bundesrechtspflege). § 167 проекта уголовнаго уложенія выражается точнѣе: „Право помилованія принадлежитъ союзу во всѣхъ областяхъ уголовнаго права, подчиненныхъ его законодательной власти". Тѣми же границами опредѣляется и право союза на амнистію.

Къ предоставленію *какъ помилованія*, *такъ и амнистіи*, уполномоченъ лишь законодательный органъ—*Союзное Собраніе.* Ст. 87 п. 7 союзной конституціи 1872 г. постановляетъ, что „помилованіе и амнистія подлежатъ вѣдѣнію Союзнаго Собранія" (тоже было и въ конституціи 1848 г.). По словамъ Стокара, предоставленіе этихъ правъ законодательному учрежденію было рѣшено изъ опасенія предоставить исполнительному органу—Bundesrat слишкомъ обширную компетенцію, чтобы не дать ему средствъ дѣйствовать независимо отъ власти законодательной (впрочемъ, само Союзное Собраніе служитъ одновременно и высшимъ органомъ исполнительной власти). На такую конструкцію повліяли, несомнѣнно, и литературныя мнѣнія французскихъ юристовъ.

Право помилованія и амнистіи осуществляется союзнымъ собраніемъ отъ имени швейцарскаго народа (ст. 71 конст.). Мало того, акты помилованія или амнистіи могутъ быть подвергнуты референдуму всѣхъ швейцарскихъ гражданъ. Всѣ

ностными лицами союза, преступленія противъ международнаго права, политическія преступленія, явившіяся причиною или слѣдствіемъ безпорядковъ, вызвавшихъ вооруженное вмѣшательство союзныхъ кантоновъ, далѣе рядъ должностныхъ преступленій чиновниковъ союза, подлогъ въ актахъ союза, желѣзнодорожныя, почтовыя преступленія и т. д. Сюда же относятся нарушенія союзныхъ фискальныхъ и полицейскихъ установленій.



постановленія Союзнаго Собранія, носящія названія закона, подлежать факультативному народному голосованію и обязательно должны не приводиться въ теченіе опредѣленнаго выжидательнаго срока въ дѣйствіе. Къ нимъ несомнѣнно относится амнистія, являющаяся закономъ. Помилованіе по своей природѣ можетъ быть отнесено къ другой группѣ—къ союзнымъ постановленіямъ, которыя допускаютъ референдумъ только въ томъ случаѣ, если они создаютъ общую обязанность и не имѣютъ характера настоятельной спѣшности [1]). Внесеніе въ Союзное Собраніе предложенія о помилованіи или амнистіи не пріостанавливаетъ исполненія приговора, кромѣ случая присужденія къ смертной казни [2]). Обсужденіе въ обѣихъ палатахъ помилованія и амнистіи нѣсколько отлично. Въ то время какъ для осуществленія права помилованія требуется абсолютное большинство голосующихъ членовъ обѣихъ палатъ, соединившихся вмѣстѣ подъ предсѣдательствомъ президента національнаго собранія (ст. 92 конст.), для осуществленія права амнистіи необходимо согласіе обѣихъ палатъ послѣ обособленнаго обсужденія вопроса въ каждой изъ нихъ, т. е. установленъ нормальный законодательный порядокъ (ст. 89 п. 1 конст.) [3]). Исполненіе актовъ помилованія и амнистіи лежитъ на обязанности Bundesrat.

Какого-либо опредѣленія характера и основаній амни-

---

[1]) Stockar, S. 102, и амнистію относитъ къ этой 2-ой группѣ, причемъ предполагаетъ, что амнистія всегда бываетъ актомъ настоятельной спѣшности (dringlicher Natur), и потому исключена отъ референдума.

[2]) Для внесенія предложеній о помилованіи въ Швейцаріи установленъ сложный порядокъ съ участіемъ органовъ судебнаго вѣдомства. Инниціатива можетъ принадлежать: союзному совѣту, суду первой инстанціи и апелляціонному, присяжнымъ и даже частнымъ лицамъ (послѣднія приносятъ прошенія союзному совѣту, который испрашиваетъ заключенія слѣдователя и прокурора, участвовавшихъ въ дѣлѣ, и затѣмъ вноситъ предложеніе со своимъ докладомъ въ Союзное Собраніе). Порядокъ этотъ вслѣдствіе сравнительно небольшого числа просьбъ не вызываетъ неудобствъ, развѣ только въ дѣлахъ о полицейскихъ правонарушеніяхъ (помилованіе въ послѣднемъ случаѣ можетъ быть делегировано кантональнымъ органамъ).

[3]) Stockar, S. 100, Stoos, p. 460, исходя изъ взгляда на амнистію, какъ на актъ управленія, считаютъ неудобнымъ подобный порядокъ обособленнаго обсужденія, опасаясь возможныхъ разногласій палатъ.



стіи въ союзномъ правѣ не содержится. § 168 проекта закона о союзномъ правосудіи опредѣлялъ амнистію, какъ „прекращеніе уголовнаго преслѣдованія до, во время или послѣ производства уголовнаго слѣдствія, или до или послѣ постановленія приговора“. Въ объясненіи къ этому опредѣленію указывалось, что „подъ амнистіей понимается прекращеніе уголовнаго преслѣдованія одного или нѣсколькихъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ однимъ или нѣсколькими лицами; такимъ образомъ понятіе аболиціи уже содержится въ понятіи амнистіи“. Амнистія должна возстановлять въ уголовно-правовомъ отношеніи то состояніе, которое имѣлось до учиненія преступнаго дѣянія или, другими словами, должна погашать уголовный характеръ дѣянія [1]). Амнистія въ большинствѣ случаевъ примѣнялась въ Швейцаріи къ политическимъ преступленіямъ, хотя ограниченія ея только ими въ законѣ не содержится [2]). Обыкновенно въ обоснованіе необходимости амнистіи приводились соображенія государственнаго интереса, хотя законъ не требуетъ опредѣленной мотивировки акта объ амнистіи. Наконецъ, хотя въ теоріи амнистія предоставляется Союзнымъ Собраніемъ совершенно свободно, однако на практикѣ, если она касается особенно отдѣльныхъ кантоновъ, испрашивается согласіе этого кантона чрезъ посредство Nationalrat [3]).

Мы видимъ, такимъ образомъ, что швейцарское союзное законодательство пошло дальше французской системы, сдѣлавъ и помилованіе прерогативой народнаго представительства, съ другой стороны, предоставивъ народу, путемъ референдума и законодательной инициативы, непосредственно влiять на предоставленіе амнистіи.

Законодательства отдѣльныхъ кантоновъ представляютъ весьма пеструю и вмѣстѣ съ тѣмъ расплывчатую картину,

---

[1]) Blumer-Morel, полагаетъ, что дѣйствіе амнистіи равносильно дѣйствію аболиціи (т. е. имъ прекращается только право преслѣдованія). Мнѣнія Stockar (S. 87) и Stoos (S. 364) расширяютъ дѣйствіе амнистіи и на погашеніе права исполненія наказанія.

[2]) Stoos. p. 456.

[3]) Stockar. S. 89.



которую мы постараемся изобразить лишь въ общихъ чертахъ.

Въ значительномъ большинствѣ кантоновъ примѣненіе права амнистіи не дифференцировано отъ примѣненія права помилованія. Оно осуществляется обыкновенно законодательными или, рѣже, правительственными собраніями подъ постояннымъ контролемъ всего народа, могущаго ставить вопросъ на всеобщее голосованіе.

Въ большинствѣ кантоновъ амнистія и помилованіе принадлежатъ совѣту кантона или такъ называемому „Большому Совѣту" (Grosses Rath или Landesrath), составляющемуся изъ выборныхъ отъ народа [1]) и иногда выполняющему функціи представительнаго законодательнаго учрежденія (при непосредственной законодательной власти народа ему принадлежитъ лишь предварительное обсужденіе законопроектовъ и иныхъ мѣръ). Исполнительнымъ органамъ—Правительственному Совѣту (Regierungsrath)—принадлежатъ лишь ограниченныя полномочія. Такъ въ Цюрихѣ онъ рѣшаетъ о помилованіи, если грозящее наказаніе не пожизненная тюрьма или лишеніе свободы, не соединенное съ ограниченіемъ правъ; въ послѣднихъ случаяхъ онъ вноситъ лишь предложеніе въ Большой Совѣтъ. Въ Ваадтѣ ему всецѣло принадлежитъ право помилованія; въ Бернѣ помилованіе предоставляется Большимъ Совѣтомъ, но при участіи дирекціи департамента юстиціи; право же амнистіи принадлежитъ по общему правилу всецѣло Большому Совѣту. Лишь въ немногихъ кантонахъ (Галленѣ, Солотурнѣ, Базелѣ—городѣ и Шаффгаузенѣ) право помилованія принадлежитъ Правительственному Совѣту, и только въ исключительныхъ случаяхъ переходитъ къ Большому Совѣту. Въ Женевѣ и Ааргау функціи Правительственнаго Совѣта въ дѣлахъ о помилованіи и амнистіи исполняются особой коммисіей, состоящей изъ членовъ Большого Совѣта, съ правомъ переноса въ Большой Совѣтъ въ слу-

[1]) Напр. въ Inner-Rhoden большой совѣтъ состоитъ изъ членовъ правительственнаго совѣта и народнихъ представителей по одному отъ 250 жителей. Въ Бернѣ Большой Совѣтъ избирается всеобщей подачей голосовъ на 4 года и т. д.



чаѣ значительности грозящаго наказанія (Женева) или требованія 3-хъ членовъ (Ааргау). Въ Landsgemeinde, кантонахъ, гдѣ господствуетъ чистая демократія (Ури, Унтервалденъ, Аппенцель, Гларусъ) или гдѣ особенно распространенъ референдумъ (Граубюнденъ, Базель-страна, Тургау, Цюрихъ, Бернъ, Ааргау, Солотурнъ и Швицъ) народъ по общему правилу принимаетъ непосредственное участіе въ предоставленіи помилованія и амнистіи [1]).

При такомъ демократическомъ строѣ не представляется особой необходимости въ строгомъ разграниченіи отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ вслѣдствіе непосредственнаго руководства народомъ функціями исполнительной власти. Это мы видимъ и на примѣрѣ амнистіи. Законодательства нѣкоторыхъ кантоновъ вовсе не упоминаютъ объ амнистіи (Цюрихъ, Ури, Гларусъ, Базель-городъ, Аппенцель, Сенъ-Галленъ); другія, допускаютъ амнистію неограниченно (Бернъ, Фрейбургъ, Тессинъ, Ваадтъ, Валлисъ, Женева, Неуенбургъ); третьи, наконецъ, ограничиваютъ амнистію областью политическихъ преступленій (Швицъ, оба Унтервалденъ, Цугъ, Солотурнъ, Базель-страна, Шаффгаузенъ, Ааргау). Ближайшее опредѣленіе преступленій, по которымъ допускается амнистія, мы находимъ въ законодательствѣ кантона Тургау, по которому могутъ быть амнистрованы только: „опасныя для государства преступленія и тѣ изъ политическихъ, относительно которыхъ, вслѣдствіе слишкомъ большого возбужденія населенія и количества ихъ, было бы неудобно производить законное слѣдствіе и судъ“. Законодательство Люцерна глухо говоритъ о допустимости амнистіи „только въ исключительныхъ случаяхъ“.

---

[1]) „Предоставленіе амнистіи въ Нидвальденѣ—пишетъ Heinrich Ryffel (Die Schweizerische Landsgemeinden. Zürich 1904, p. 247),—въ которомъ только и имѣются законодательныя постановленія по этому предмету, принадлежитъ Landrath (то же что и Grosser Rath). Въ другихъ же кантонахъ, за отсутствіемъ особыхъ постановленій, слѣдуетъ признать на это компетентной только Landsgemeinde (общее собраніе гражданъ)“. Впрочемъ, какъ это видно изъ законодательнаго текста, амнистія въ Нидвальденѣ смѣшана съ реституціей, такъ что это исключеніе для амнистіи въ собственномъ смыслѣ не имѣетъ значенія.



Въ законодательствѣ же Люцерна (§ 88 уг. ул.) мы находимъ опредѣленіе существа и дѣйствія амнистіи. „Въ исключительныхъ случаяхъ, напримѣръ, при учиненіи политическихъ преступленій, Большой Совѣтъ можетъ самостоятельно постановлять объ амнистіи, еще до начала разслѣдованія, съ исключеніемъ отдѣльныхъ участниковъ или безъ этого, или, если слѣдствіе уже началось или окончено, можетъ требовать прекращенія процесса до суда (аболиціи). Въ этихъ случаяхъ Совѣтъ можетъ также освобождать отъ уже назначеннаго наказанія". Приводимое здѣсь различіе между амнистіей и аболиціей не имѣетъ практическаго значенія. Иногда амнистія смѣшивается съ возстановленіемъ въ правахъ (въ Нидвальденѣ), иногда съ аболиціей (Швицъ). Въ Солотурнѣ (у. у. с. ст. 460) указано, что дѣйствіе амнистіи проявляется въ прекращеніи всякаго преслѣдованія и, въ случаѣ постановленія приговора—въ помилованіи. Иногда вносятся ограниченія амнистіи преступленій, преслѣдуемыхъ по частной жалобѣ (Тессинъ, законъ 27 мая 1898 г.).

Предложеніе объ амнистіи только въ рѣдкихъ случаяхъ пріостанавливаетъ исполненіе приговора. Такъ, въ Тессинѣ исполненіе приговора пріостанавливается, если предложеніе внесено въ теченіе 30 дней послѣ вступленія приговора въ законную силу. Въ Тургау и Люцернѣ Правительственному Совѣту предоставлено права пріостанавливать исполненіе приговора по политическимъ дѣламъ до рѣшенія Большимъ Совѣтомъ вопроса объ амнистіи.

Издается, наконецъ, амнистія иногда въ формѣ закона (напр. амнистія 21 сентября 1832 г. въ Базелѣ—городѣ и странѣ), иногда въ видѣ постановленія. Для предоставленія амнистіи въ Тессинѣ требуется большинство $^3/_4$ голосовъ. Вообще же случаи предоставленія амнистіи въ отдѣльныхъ кантонахъ въ высшей степени рѣдки, что вполнѣ понятно при отсутствіи поводовъ, вслѣдствіе неразвитой репрессіи политическихъ преступленій.

Изъ изложеннаго видно, что и въ большинствѣ кантоновъ Швейцаріи господствуетъ законодательная форма амнистіи и что правовая конструкція амнистіи въ нихъ является

большею частью лишь рудиментарной формой построенія, принятаго въ союзномъ Швейцарскомъ правѣ.

Примѣръ Швейцаріи, гдѣ близость правовой формы амнистіи къ народнымъ стремленіямъ достигнута въ наибольшей степени и гдѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ, отсутствуютъ всякія злоупотребленія партій въ примѣненіи ея, доказываетъ, что не сама форма, а политическія условія составляютъ ту причину, благодаря которой расшатывается правопорядокъ или уголовная репрессія становится игрушкой въ рукахъ борящихся политическихъ соперниковъ [1]).

Глава V.

Право амнистіи и королевскаго прощенія въ Англіи.

Законодательная форма амнистіи выработалась самостоятельно только во Франціи, и оттуда лишь была заимствована другими странами. Два другія великихъ государства, шедшія самостоятельнымъ историческимъ путемъ—Англія и Германія, находятся лишь на пути къ выработкѣ амнистіи, какъ особаго правового института въ отличіе отъ помилованія. Развитіе въ нихъ отдѣльныхъ формъ помилованія, приближающихся къ амнистіи, представляетъ настолько своеобразныя черты, что будетъ нелишнимъ особо на нихъ остановиться.

Англія является государствомъ, въ которомъ система публичнаго правосудія развилась сравнительно поздно. Начала частной мести и частныхъ композицій господствовали въ ней первые десять вѣковъ почти безраздѣльно. Право прощенія долгое время принадлежало частному обвинителю или истцу,

---

[1]) Слѣдуетъ, наконецъ, упомянуть, что законодательная форма амнистіи существуетъ и въ *Колумбіи* (Strafgesetsgebung der Gegenwart. 1898 B. II. статья Crusen). Право изданія амнистіи принадлежитъ здѣсь Конгрессу. Амнистія допускается только по отношенію къ преступленіямъ противъ публичнаго порядка. Оригинальнымъ является лишь то правило, что государство, даруя амнистію, можетъ уничтожать частно-правовыя притязанія по поводу учиненныхъ преступленій, но обязано въ такихъ случаяхъ вознаградить потерпѣвшихъ изъ государственныхъ средствъ (гл. VI ст. 100—106 у. у. с.).



но не коронѣ. При частномъ преслѣдованіи преступленій, сохранявшемся до 1817 г. (въ послѣднія столѣтія въ качествѣ пережитка), только обвинитель-потерпѣвшій могъ помиловать виновнаго [1]) (обыкновенно это онъ и дѣлалъ за извѣстную сумму). Право помилованія, какъ прерогатива короля, возникло изъ того взгляда, что король является потерпѣвшимъ при извѣстныхъ преступленіяхъ, и въ качествѣ такового можетъ отказаться отъ присужденнаго въ удовлетвореніе его наказанія. „Въ дѣлахъ, гдѣ тяжба ведется королемъ—говоритъ Блэкстонъ—король можетъ миловать и освобождать отъ наказанія, при частномъ же обвиненіи, которое ведетъ частное лицо, король не можетъ ни миловать, ни освобождать отъ уплаты присужденнаго вознагражденія за нанесенные побои. Какъ король своимъ помилованіемъ можетъ прекратить обвиненіе, такъ и частный обвинитель своимъ отказомъ можетъ лишить силы свое обвиненіе“ [2]). „Миръ короля“, охранявшій правопорядокъ, былъ какъ бы личнымъ благомъ короля; право помилованія вытекало изъ общаго права распоряженія своими частными благами. Поэтому намѣстники въ „comtés palatins“ (Честеръ, Дургэмъ, Ланкастръ), получившіе право поддержанія королевскаго мира, съ самаго ранняго времени пользовались также правомъ помилованія на ряду съ сувереномъ [3]).

Только постепенно, въ теченіе долгаго времени, король сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ право помилованія. Лишь въ 1535 г. по акту 27 Geo. VIII c. 24 (an act for recontinuing liberties in the crown) [4]) было постановлено, что „никто,

---

[1]) Такъ при Елизаветѣ, въ пятый годъ ея царствованія одной вдовой было заявлено частное обвиненіе вслѣдствіе убійства ея мужа. Обвиняемый былъ признанъ виновнымъ только въ легкомъ убійствѣ; возникъ вопросъ, можетъ ли общее помилованіе, дарованное въ то время, освободить отъ наказанія осужденнаго, и было признано, что въ данномъ случаѣ королевѣ не принадлежитъ права помилованія. Cherry. Lectures on the growth of criminal law 1890. Early english criminal law. Переводъ П. Люблинскаго стр. 101.

[2]) Cherry. Ibid. стр. 105.

[3]) Franqueville. La système judiciaire de la Grande Bretagne. 1893. t. I p. 231.

[4]) Statutes at large. t. 2.



начиная съ 1 іюля сего 1536 года, не будетъ имѣть власти или права миловать или прощать за измѣны, убійства или фелоніи, прощать соучастниковъ въ этихъ преступленіяхъ, возвращать изгнанниковъ, кромѣ короля; король же будетъ имѣть на это полное право".

Право помилованія могло быть осуществляемо въ теченіе всего процесса, такъ что оно включало и аболицію, и помилованіе въ тѣсномъ смыслѣ. Стюарты, въ особенности Яковъ II, сильно злоупотребляли этимъ правомъ, предоставляя безнаказанность отдѣльнымъ лицамъ въ государственныхъ процессахъ. Несомнѣнно англійская конституція въ „Биллѣ о правахъ" имѣла въ виду эти злоупотребленія, когда категорически отмѣняла право диспенсаціи: „1) Присваиваемая себѣ королемъ власть пріостановки исполненія законовъ—суспенсація безъ согласія парламента незаконна; 2) присваиваемая себѣ королемъ власть диспенсаціи отъ законовъ или отъ исполненія ихъ, въ томъ видѣ, какъ она осуществлялась недавно, является незаконной" [1]). На практикѣ, однако, благодаря приданному обычаемъ толкованію этихъ статей, право помилованія и аболиціи не считалось отмѣненнымъ для случаевъ, когда уголовное преслѣдованіе возбуждалось отъ имени короля.

Близко къ современной амнистіи приближалась та форма, которая называлась general pardon, free pardon—общее прощеніе. Обычнымъ было давать подобныя милости при коронаціи новаго короля [2]). Изъ такихъ коллективныхъ актовъ помилованія, носящихъ характеръ политической мѣры, отмѣтимъ амнистію 1570 г., дарованную гугенотамъ, амнистію

---

[1]) Gneist. Englische Verwaltungsrecht. 1867. B. II. S. 733. Диспенсація предполагаетъ власть изъятія спеціально изъ подъ дѣйствія уголовныхъ законовъ. Современное государственное право относитъ диспенсацію къ законодательной области. Въ Англіи она осуществляется парламентомъ посредствомъ такъ наз. private bills. Большинство государствовѣдовъ считаютъ помилованіе видомъ диспенсаціи. G. Meyer. Neue Heidelb. Jahrb. I S. 347. Bornhak. Preussisches Staatsrecht I. S. 351. Steinitz. Dispensationbegriff und Dispensationgewalt 1901, S. 23.

[2]) Encyclopedia of English law. vol. IX p. 353.



1660 г., дарованную Карломъ II [1]) послѣ внутреннихъ смутъ, наконецъ, полную амнистію, данную въ 1721 г. Георгомъ II всѣмъ преступникамъ, кромѣ тѣхъ, которые въ моментъ дарованія амнистіи находились на службѣ у претендента [2]).

Но предоставивъ королю право частнаго и общаго помилованія, англійская конституція постаралась поставить его въ такія рамки, въ которыхъ оно не представляло бы опасности для прочности правопорядка. Еще Локкъ характеризовалъ эту прерогативу власти, какъ „позволеніе, данное народомъ своему властителю дѣйствовать по усмотрѣнію *въ цѣляхъ общественнаго благополучія* въ тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ оказывается недосмотръ или пробѣлъ“.

Первымъ ограниченіемъ прерогативы помилованія и явилась необходимость содѣйствія королю извѣстныхъ органовъ при выполненіи этой функціи. Такимъ органомъ является Home Secretary of the State. Раньше вопросъ о помилованіи обсуждался даже въ особомъ совѣтѣ, но въ царствованіе Викторіи этотъ обычай вышелъ изъ употребленія [3]). Въ прежнее время такое содѣйствіе оказывалъ Privy Council, который и образовался именно для разсмотрѣнія просьбъ о помилованіи [4]). Хотя принципъ отвѣтственности министровъ сохраняется и по отношенію къ актамъ помилованія, однако парламентъ постоянно отклонялъ отъ себя критику и обсужденіе предоставленныхъ королемъ помилованій, а Home Secretary (министръ внутреннихъ дѣлъ) отказывался давать отвѣты на обращенные къ нему вопросы о предстоящемъ помилованіи [5]).

Другимъ ограниченіемъ акта помилованія является форма его. По общему правилу, для дѣйствительности акта необхо-

---

[1]) Franqueville, t. I p. 48.

[2]) 7 Geo. I c. 29. General and Free pardon. Statutes. 5 t. Особенностью этого послѣдняго акта общаго прощенія является то, что онъ изданъ *съ согласія парламента.* Hawkins. Pleas of the crown. Encyclopedia of english law IX p. 353.

[3]) Stephen History of the criminal law. v. II, p. 88.

[4]) Franqueville, t. I p. 165.

[5]) Ibid. p. 91.



димо приложеніе большой печати; но со времени акта 6 Geo. IV с. 25 суды довольствуются и одною собственноручной подписью короля, контрассигнованною государственнымъ секретаремъ [1]). Въ прежнее время по акту 27 Edw. I с. 2, для предупрежденія произвола въ этой области, требовалось приведеніе въ актѣ о помилованіи *мотивовъ* и имени лица, сдѣлавшаго предложеніе о помилованіи; и если судъ убѣждался, что прощеніе было получено по ложному навѣту (false suggestion), то актъ этотъ не приводился въ исполненіе [2]). Далѣе ссылка на актъ помилованія могла имѣть силу только тогда, если она была сдѣлана предъ началомъ судебнаго слѣдствія или вообще до постановленія приговора; послѣ постановленія приговора для помилованія необходимъ былъ новый актъ [3]).

Изъ дѣйствія права помилованія, кромѣ того, изъяты отдѣльныя преступленія политическаго характера. Наиболѣе раннимъ изъятіемъ подобнаго рода является воспрещеніе прекращать посредствомъ помилованія слѣдствіе, производимое Палатой общинъ, по поводу преступныхъ дѣяній, учиненныхъ министрами, т. е. при обвиненіяхъ по impeachment [4]). Но король можетъ освобождать отъ наказанія уже осужденныхъ министровъ. По поводу этого воспрещенія Блэкстонъ [5]) замѣчаетъ: „Въ Англіи существуетъ особое ограниченіе прерогативы помилованія въ случаѣ парламентскихъ обвиненій; милость короля не можетъ распространяться на эти обвиненія и пріостанавливать разслѣдованіе или препятствовать возбужденію обвиненія противъ явныхъ преступниковъ. Судъ палаты не признаетъ здѣсь допустимой ссылку на помилованіе“.

Далѣе по Habeas Corpus act 1689 г. король не можетъ предоставлять помилованіе за незаконное лишеніе англича-

---

[1]) Harris. Principles of criminal law 1904. p. 492.

[2]) Encyclopedia, IX p. 352.

[3]) Kenny. Outlines of criminal law 1904 p. 16. Stephen. Digest of the law of criminal procedure 1883 art. 266.

[4]) Это запрещеніе было закрѣплено Act of Settlement 1701 г. и позднѣе подтверждено 12 и 13 Will. III с. 2 см. Harris p. 302.

[5]) Commentaries IV с. 31.



нина свободы, учиненное за предѣлами Соединеннаго Королевства, съ цѣлью лишить заключеннаго защиты этого акта [1]. Исключается изъ власти помилованія и наказаніе, наложенное судомъ за contempt of court, такъ какъ это наказаніе примѣняется по полному усмотрѣнію суда съ цѣлью принудить наказываемаго выполнить извѣстное процессуальное дѣйствіе [2].

Наконецъ, право помилованія не можетъ быть осуществляемо со вредомъ для интересовъ третьихъ лицъ. Non potest rex gratiam facere cum iujuria et damno aliorum—такова норма обычнаго права [3]. Согласно правилу, формулированному Остиномъ, „гражданскія притязанія всегда могутъ быть превращены отказомъ истца и никогда—помилованіемъ короны" [4]. Изъ этого же положенія вытекаетъ и дальнѣйшее ограниченіе: помилованіе не можетъ быть примѣнено къ актамъ, приносящимъ общій вредъ, до тѣхъ поръ, пока не представлено удовлетвореніе за этотъ вредъ, потому что оно можетъ въ данномъ случаѣ повредить притязаніямъ частныхъ лицъ. Впрочемъ, за послѣднее время (22 Vict. c. 32) постановлено, что король можетъ прощать денежныя взысканія, хотя бы они полностью или отчасти должны были быть уплачены кому-либо другому, а не казнѣ [5]. Исключено отъ помилованія по тому же основанію и денежное взысканіе, взимаемое съ лица, нарушившаго обязанность храненія мира по отношенію къ кому либо (recognizance of keeping the peace towards on individual) [6].

Объемъ дѣйствія актовъ помилованія также слагался постепенно. Помилованіе раньше освобождало только отъ наказанія, но не снимало позора. Позднѣе отъ этого ограниченія сохрани-

---

[1] Car. II c. 2. Harris p. 492. Kenny. Outlines of criminal law. 1904 p. 492. Здѣсь имѣется одинъ изъ рѣдкихъ случаевъ примѣненія writ of praemunire (Harris p. 62).

[2] Franqueville t. II, p. 26—27.

[3] Gneist, Englische Verwaltungsrecht I S. 25.

[4] Kenny, p. 15.

[5] Harris, p. 492.

[6] Encyclopedia of english law, t. IX p. 353.

лась только фикція corruption of blood (порчи крови), вслѣдствіе чего дѣти, родившіяся до помилованія, теряли право на наслѣдованіе; теперь признается, что помилованіе можетъ изгладить все [1]). Оно освобождаетъ „from all disqualifications and forfeitures" (отъ всѣхъ праволишеній и штрафовъ), достигая такимъ образомъ полнаго дѣйствія амнистіи. Въ случаѣ смягченія наказанія помилованіе называется условнымъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ оно не обязательно для преступника, и ему предоставляется или отбывать назначенное наказаніе, или принять помилованіе [2]).

Мы считали нужнымъ войти въ разсмотрѣніе формъ и ограниченій помилованія въ англійскомъ правѣ, потому что они во многомъ были заимствованы континентальными странами. Кромѣ того, отчасти благодаря имъ, право помилованія не стало орудіемъ политической несправедливости. Благодаря высокому положенію англійскихъ судовъ уголовныя репрессіи никогда не становились „упрощеннымъ средствомъ истребленія крамолы" и въ послѣднее время не возникало необходимости въ полныхъ амнистіяхъ. Въ отдѣльныхъ же случаяхъ контроль парламентарнаго министерства надъ правомъ помилованія являлся достаточнымъ средствомъ согласованія примѣненія его съ потребностями страны.

Кромѣ королевскаго помилованія, имѣющаго часто коллективный характеръ и по дѣйствію близкаго къ амнистіи, въ нѣкоторыхъ случаяхъ по отношенію къ должностнымъ лицамъ Англія знаетъ *и парламентскую амнистію* (acts of Indemnity), которая обыкновенно слѣдуетъ за пріостановкой дѣйствія Habeas Corpus act, какъ мѣра, погашающая всѣ преступныя дѣйствія властей по задержанію, обыскамъ и разогнанію собраній, учиненныя ими въ интересахъ поддержанія порядка и безопасности [3]) государства

[1]) Ibid., p. 352. Franqueville I p. 52 „Aujourd'hui la grâce efface tout".
[2]) Harris, p. 493.
[3]) Необходимость парламентской амнистіи здѣсь обусловливается невозможностью для короля прекратить помилованіемъ частные иски, вытекающіе изъ преступленія; между тѣмъ именно въ возможности предъявленія ихъ противъ властей, дѣйствовавшихъ неправильно, безъ всякаго предварительнаго разрѣше-



во время пріостановки этого акта. Эти акты объ амнистіи представляютъ много любопытныхъ сторонъ, на которыхъ вкратцѣ позволимъ мы себѣ остановиться [1]).

Одной изъ главныхъ основъ правопорядка въ Англіи является правило, по которому каждое должностное лицо можетъ быть привлечено гражданиномъ непосредственно къ уголовной или гражданской отвѣтственности за свои служебныя дѣйствія. Кругъ дозволенныхъ для власти вторженій въ область личной свободы гражданъ весьма узокъ въ Англіи, и потому при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ власть безсильна была бы подавить опасность, если бы полномочія ея не расширялись. Но расширеніе правъ административной власти, допускаемое парламентомъ посредствомъ вотированія пріостановки Habeas Corpus Act, часто является недостаточнымъ, и правительство въ цѣляхъ подавленія опасныхъ движеній не останавливается предъ самовольнымъ незаконнымъ расширеніемъ своихъ полномочій. Преступность подобныхъ дѣйствій правительства въ Англіи никто не отрицаетъ, но въ виду особыхъ мотивовъ парламенту предоставлено право амнистировать ихъ, освободивъ министровъ и виновныхъ чиновъ администраціи отъ всякой отвѣтственности. Вотированію парламентомъ билля объ амнистіи предшествуетъ обсужденіе основаній къ тому въ связи съ разсмотрѣніемъ данныхъ о самомъ примѣненіи исключительныхъ полномочій. Формулировка билля стоитъ въ зависимости

нія, и лежитъ одна изъ главнѣйшихъ гарантій англійскаго права. Амнистія здѣсь такимъ образомъ дается скорѣе въ цѣляхъ погашенія гражданско-правовыхъ послѣдствій, нежели уголовно-правовыхъ. Возможность погашенія послѣднихъ парламентомъ имѣетъ принципіальную важность, какъ показатель того, что собственно парламентъ ставитъ свою волю выше воли короля, дѣйствующаго единолично. Такъ парламентъ, а не король делегируетъ губернаторамъ колоній право помилованія (см. напр. въ Strafgesetsgebung der Gegenwart, herausg. v. Liszt. B. II о правѣ губернатора Канады (S. 275), губернаторовъ штатовъ Австраліи (S. 315) на помилованіе). Точно также право помилованія короля закрѣплено и основано на актѣ *парламента* (27 Geo VIII c. 24).

[1]) Дальнѣйшее изложеніе англійской практики актовъ объ амнистіи основано въ существенныхъ чертахъ на обстоятельномъ изслѣдованіи В. Ѳ. Дерюжинскаго Habeas corpus act и его пріостановка. 1895. Глава IV. Акты объ амнистіи, стр. 299—368.

отъ свойства учиненныхъ преступныхъ дѣяній и мотивовъ, вызвавшихъ ихъ. Мотивировка излагается въ самомъ актѣ, чѣмъ парламентъ какъ бы даетъ отчетъ странѣ въ примѣненіи этого своего полномочія; вмѣстѣ съ тѣмъ потерпѣвшимъ открытъ широкій доступъ для вліяній на выработку этихъ актовъ посредствомъ петицій, которыя тщательно разсматриваются въ коммисіи.

Акты объ амнистіи были издаваемы за все время 6 разъ: въ 1689 г. относительно дѣйствій, предшествовавшахъ возведенію на престолъ Вильгельма и Маріи, въ 1715, два акта въ 1746, въ 1801 и въ 1818. Они сосредоточиваются вокругъ 2 моментовъ исторіи Англіи—борьбы съ приверженцами Якова II, которые пытались, съ цѣлью возвращенія династіи Стюартовъ, вызвать внутренніе безпорядки, и—борьбы съ зарождающимся рабочимъ движеніемъ, обострившейся въ началѣ XIX вѣка. Пріостановки Habeas Corpus act 1695, 1707, 1722, 1743 г.г. не сопровождались амнистіей [1]).

Не останавливаясь на формахъ отдѣльныхъ актовъ, отмѣтимъ лишь оффиціальные мотивы изданія ихъ и дѣйствіе этихъ актовъ.

Во всѣхъ актахъ, даже въ самомъ ихъ заглавіи, подчеркивается, что амнистируемыя дѣйствія содѣйствовали достиженію какой либо государственно-важной цѣли—возведенію на престолъ государя, защитѣ правительства и государя, охраненію общественнаго спокойствія, разсѣянію мятежныхъ сборищъ и т. д. Затѣмъ устанавливается правильность политическихъ мотивовъ, которыми руководились лица, нарушившія права гражданской свободы. Напр., въ актѣ 1689 говорится: „Послѣ благополучнаго восшествія на престолъ ихъ величествъ совершены были—вслѣдствіе войнъ и смутъ, причи-

[1]) Пріостановки Н. С. act и амнистіи не вызывались сильнымъ народнымъ движеніемъ; правительство довольствовалось часто симптомами. При Вильгельмѣ III во всѣ 3 случая амнистіи массы были спокойны. Въ 1715 и 1746 г.г. были дѣйствительно серьезные безпорядки. Основаніемъ пріостановки 1794 г. было нѣсколько тревожныхъ митинговъ въ Шеффильдѣ. Амнистія послѣ этой пріостановки послѣдовала лишь въ 1801 г. Пріостановка 1817 была вызвана безпорядками въ Манчестерѣ.



ненныхъ врагами ихъ и королевства—различныя подобныя дѣйствія (неправильное задержаніе, обыски, насиліе, несоблюденіе законныхъ формальностей), необходимыя и дозволительныя въ виду требованія общественныхъ интересовъ. Всѣ такія дѣйствія должны быть оправданы, а лица, ихъ совершившія, освобождены отъ отвѣтственности. Между тѣмъ нѣкоторые, зложелательно относящіеся къ правительству, безопасности и благоденствію королевства начали и ведутъ или грозятся начать и вести иски и преслѣдованія противъ вѣрныхъ подданныхъ ихъ величествъ за вышеуказанныя дѣйствія...“ Чаще всего въ актахъ упоминается мотивъ необходимости поддержанія общественнаго спокойствія всѣми мѣрами. Въ актахъ 1801 и 1818 г.г. послѣ допущенныхъ администраціей многочисленныхъ весьма возмутительныхъ арестовъ лицъ, подозрѣваемыхъ въ государственныхъ преступленіяхъ, въ мотивировку акта объ амнистіи было введено новое основаніе: „въ случаѣ привлеченія къ отвѣтственности лицъ, виновныхъ въ незаконныхъ арестахъ, имъ пришлось бы обнаружить публично тѣхъ людей, которые тайно донесли на подозрѣваемыхъ и открыли ихъ замыслы, между тѣмъ, въ цѣляхъ предупрежденія въ будущемъ измѣнническихъ замысловъ, необходимо, чтобы эти пути оставались тайными и неразоблаченными“. При обсужденіи биллей указывалось также на то, что министры, руководясь побужденіями о поддержаніи безопасности въ странѣ, должны быть оправданы, что подобная амнистія является не милостью имъ, а актомъ справедливости въ публичныхъ интересахъ, который можетъ быть навязанъ публично, если министры захотѣли бы отказаться отъ него .... Къ чести англійскаго парламента, однако, слѣдуетъ отмѣтить, что поставленіе шпіонской тайны выше требованій правосудія прошло не безъ сильной оппозиціи. Лордъ Грей говорилъ, что билль 1801 г., допускавшій этотъ мотивъ, „слѣдовало бы назвать биллемъ, покровительствующимъ и поощряющимъ тайныхъ обвинителей; онъ готовъ утверждать, что это первый въ исторіи англійской конституціи случай, когда такимъ людямъ предлагаютъ открытое покровительство и поощреніе“. Вильбефорсъ въ

1818 г. говорилъ: „Британская имперія не нуждается въ подобной помощи для своей безопасности; она не ищетъ защиты у такихъ союзниковъ. Наша свобода, наши права, наше спокойствіе опираются на начала закона и конституціи, и съ презрѣніемъ отвергаютъ поддержку со стороны столь низкихъ союзниковъ".

По кругу обнимаемыхъ имъ дѣяній актъ объ амнистіи охватываетъ обыкновенно лишь нарушенія правилъ о задержаніи, хотя послѣдніе акты проявляютъ тенденцію расширять списокъ амнистированныхъ дѣяній. Актъ 1801 г. амнистируетъ дѣйствія по производству арестовъ, заключенію и содержанію подъ стражей лицъ, подозрѣвавшихся въ измѣнѣ и измѣнническихъ проискахъ; въ актѣ 1818 г. сюда присоединены: отобраніе бумагъ у такихъ лицъ, разсѣяніе шумныхъ, безпорядочныхъ и противозаконныхъ сборищъ и производство домовыхъ обысковъ съ цѣлью розысканія оружія. При обсужденіи билля 1818 г. указывалось, что если дѣянія эти учинены съ особою жестокостью, то они не покрываются амнистіей; амнистируемое дѣяніе здѣсь поглощается преступленіемъ жестокаго обращенія.

Дѣйствіе амнистіонныхъ актовъ ясно выражено въ первомъ изъ нихъ, актѣ 1689 г., и точно воспроизведено въ остальныхъ пяти. Тамъ указано: „постановляется, что всякаго рода иски, тяжбы и преслѣдованія, направленные противъ лицъ, которыя совѣтомъ, приказомъ или дѣйствіемъ служили государю и безопасности правительства, прекращаются и становятся ничтожными; въ случаѣ же возбужденія такихъ исковъ отвѣтчики могутъ въ опроверженіе ихъ ссылаться на настоящій актъ, при чемъ, сверхъ признанія исковъ ничтожными, въ пользу отвѣтчиковъ причитаются ихъ издержки въ двойномъ размѣрѣ". Такимъ образомъ такая амнистія не только погашаетъ преслѣдованіе, но и грозитъ штрафами за попытку возобновленія его.

Несправедливость и крайняя опасность для правъ гражданъ частнаго изданія подобныхъ актовъ не подлежитъ сомнѣнію. Правительство, почти постоянно находящее поддержку въ парламентѣ, односторонне освобождаетъ своихъ агентовъ

отъ отвѣтственности. „Оно—по словамъ Ламбтона—набрасываетъ непроницаемое покрывало забвенія на всѣ акты тираніи и угнетенія, совершенные за время дѣйствія акта о пріостановкѣ, отъ потерпѣвшихъ же оно требуетъ, чтобы они заглушили голосъ справедливыхъ жалобъ, чтобы они пренебрегли многочисленными петиціями парламенту" ... По выраженію С. Ромильи „билль объ амнистіи есть билль объ отнятіи всѣхъ законныхъ средствъ защиты у пострадавшихъ отъ противозаконнаго и произвольнаго примѣненія власти и о наказаніи тѣхъ, которые пожелали бы обратиться къ этимъ средствамъ, взысканіемъ съ нихъ судебныхъ издержекъ въ двойномъ размѣрѣ". Только гарантія парламентской всесторонности и апелляція къ народу въ видѣ мотивировки акта нѣсколько умѣряютъ его отрицательное вліяніе на права гражданъ. Нужно помнить при этомъ, что такое право амнистіи примѣняется обыкновенно въ области, гдѣ возможность помилованія со стороны короля исключена или стѣснена и въ странѣ, гдѣ судъ присяжныхъ безпощаденъ къ незаконному нарушенію свободы [1]).

Резюмируя сказанное о помилованіи и амнистіи въ Англіи, мы должны будемъ признать, что личное начало преслѣдованія королемъ уголовныхъ правонарушеній оказало рѣшительное вліяніе на сосредоточеніе въ рукахъ короля прерогативы помилованія, по своему дѣйствію способной изгладить всѣ публично-правовыя послѣдствія преступныхъ дѣяній. Но для удержанія этой власти короля въ границахъ, не опасныхъ для политической свободы и правопорядка, отчасти статутами парламента, отчасти по обычному праву, были установлены ограниченія, съ одной стороны, въ видѣ необходимаго содѣйствія при помилованіи отдѣльныхъ органовъ, въ видѣ

[1]) Акты объ амнистіи односторонни, такъ какъ касаются только должностныхъ лицъ. По отношенію же къ частнымъ лицамъ, осужденнымъ или привлеченнымъ къ суду во время пріостановки акта Habeas Corpus, если бы правительство пожелало освободить ихъ отъ репрессій, оно имѣло бы слѣдующія вполнѣ достаточныя средства: 1) предписать главному коронному обвинителю, attorney general, всегда принадлежащему къ партіи правительственнаго большинства, прекратить начатыя обвиненія; 2) представить королю актъ о полномъ помилованіи. Парламентъ, несомнѣнно, въ этомъ отношеніи могъ вліять на министерство.



отвѣтственности министерства и формальныхъ условій дѣйствительности акта о помилованіи, а съ другой—въ видѣ исключенія помилованія въ отдѣльныхъ, опасныхъ для личной свободы случаяхъ. Право амнистіи, имѣющей въ виду изглаживаніе скорѣе гражданскихъ послѣдствій преступныхъ дѣяній, сохранено парламентомъ за собою [1]); оно находило себѣ примѣненіе почти исключительно по отношенію къ должностнымъ лицамъ, виновнымъ въ опредѣленныхъ преступленіяхъ противъ личной свободы, но ничто не мѣшаетъ въ случаѣ нужды примѣнять его и въ болѣе широкой области [2]). Право парламента, несомнѣнно, стоитъ выше прерогативы короля; первый опредѣляетъ объемъ полномочій второго.

Англійская доктрина, не различая аболиціи и помилованія осужденныхъ, основаніемъ для обособленія помилованія и амнистіи выставляетъ главнымъ образомъ возможность стѣсненія частныхъ притязаній [3]). Такое разграниченіе объясняется исторически крайне слабымъ вмѣшательствомъ короны въ гражданскія дѣла и, наоборотъ, близкимъ участіемъ ея въ преслѣдованіи уголовныхъ дѣлъ. Насколько оно соотвѣтствуетъ правно-политическимъ основаніямъ, мы увидимъ ниже.

Нормы англійскаго права о помилованіи и амнистіи съ нѣкоторыми модификаціями дѣйствуютъ и въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки. Изъ сепаратнаго законодательства отдѣльныхъ штатовъ можно почерпнуть слѣдующія об-

---

[1]) Едва ли правильно поэтому неоднократное утвержденіе Franqueville (напр. т. I, p.p. 36, 48) о принадлежности права амнистіи только королю.

[2]) Развитіе парламентской амнистіи не пошло дальше, благодаря отсутствію всякихъ конфликтовъ парламента съ королевской властью въ послѣднія столѣтія, благодаря отсутствію массовыхъ репрессій въ области политическихъ преступленій и, главнымъ образомъ, благодаря широкому господству принципа усмотрѣнія при уголовномъ преслѣдованіи. Отказъ отъ обвиненія всегда во власти государственнаго или частнаго обвинителя.

[3]) Эти притязанія въ англійскомъ правѣ несомнѣнно заключаютъ въ себѣ карательный элементъ. Такъ иски о незаконномъ заключеніи (actions of the false imprisonment), о libel и т. д. суть иски несомнѣнно карательнаго характера. См. В. Ѳ. Дерюжинскій у. с. стр. 94. П. И. Люблинскій, Свобода личности въ уголовномъ процессѣ. 1906. стр. 93.



щія правила [1]). Помилованіе можетъ служить средствомъ защиты (plea) противъ обвинительнаго акта (останавливаетъ судебное производство) или противъ постановленнаго приговора (останавливаетъ исполненіе приговора). Оно должно быть представлено стороной въ подлинникѣ съ приложеніемъ государственной печати. Судъ дѣлаетъ тогда особое постановленіе „quod eat sine die". Власть помилованія и аболиціи, принадлежащая въ Англіи королю, въ Соединенныхъ Американскихъ Штатахъ принадлежитъ губернаторамъ. Впрочемъ, въ цѣляхъ ограниченія власти губернатора созданы особые Boards of pardon, на обязанности которыхъ вообще лежитъ исполненіе наказанія и предоставленіе условнаго помилованія. При предоставленіи помилованія для губернатора обязательно мнѣніе этихъ Boards [2]). Кромѣ того, въ нѣкоторыхъ городахъ право помилованія за полицейскія нарушенія принадлежитъ мэру—mayor [3]). Оно опредѣляется, какъ „проявленіе власти, освобождающее одно или нѣсколько лицъ отъ законной отвѣтственности за преступленіе или преступленія". Помилованіе регулируется въ большинствѣ случаевъ посредствомъ нормъ common law. Имѣются ограниченія помилованія въ случаѣ impeachment (констит. § 2), въ случаяхъ преступнаго нарушенія законовъ Соединенныхъ Штатовъ (въ этихъ случаяхъ требуется отложить исполненіе приговора до сообщенія рѣшенія президента по этому предмету), при общевредномъ характерѣ дѣянія, при отысканіи поручительства храненія мира, при частныхъ искахъ qui tam. Изданіе general pardons, также предоставлено губернаторамъ. По своему дѣйствію полное помилованіе „obliterates guilt"—изглаживаетъ вину. Однако, оно не можетъ возстановить потерянныхъ должностей, возвратить имущество, перешедшее къ другимъ или къ казнѣ; наконецъ, оно не избавляетъ отъ уплаты гражданскаго иска и судебныхъ издержекъ. Народъ въ значительной степени сохранилъ

---

[1]) Hochheimer. The law of crimes and criminal procedure. Baltimore 1904. p. 201—203.

[2]) Hartmann. Die Strafrechtspflege in Amerika. 1906. S. 182.

[3]) Ibid. S. 184.

за собой участіе въ помилованіи. Чаще всего помилованіе происходитъ посредствомъ вердикта присяжныхъ, которые, напр., могутъ поставить въ своемъ вердиктѣ условіе о неприменѣніи смертной казни или другого законнаго наказанія къ лицу, признанному ими виновнымъ. Англійскіе присяжные въ случаѣ особыхъ обстоятельствъ „просятъ корону о милосердіи“, американскіе—сами милуютъ. Помимо того въ нѣкоторыхъ штатахъ по закону просьбы о помилованіи подлежатъ обнародованію въ томъ судебномъ округѣ, въ которомъ учинено преступленіе, и самое разсмотрѣніе просьбъ о помилованіи происходитъ въ публичномъ засѣданіи. Эти средства имѣютъ въ виду дать возможность общественному мнѣнію высказаться по поводу помилованія и обезпечить правильное примѣненіе его [1]). Въ общемъ союзномъ правѣ (Sect. 447. Penal code of the United States, проекта 1901 г., систематизировавшаго прежнее законодательство) предоставлено дискреціонное право президенту смягчать или отмѣнять назначенныя судами наказанія. Мы находимъ, наконецъ, отдѣльныя примѣры примѣненія въ Соединенныхъ Американскихъ Штатахъ амнистіи по англійскому образцу,—acts of indemnity [2]).

Сосредоточеніе въ рукахъ исполнительной власти такихъ правъ помилованія, включающаго въ себя и аболицію, несмотря на республиканскую форму правленія, объясняется отчасти взглядомъ на помилованіе, какъ на актъ административной власти и стремленіемъ строго провести дѣленіе властей, отчасти же подражаніемъ англійскому образцу [3]).

---

[1]) Hartmann. S. 80, 159.

[2]) Такъ напримѣръ, намъ извѣстны acts of indemnity, принятые въ Виргиніи въ 1782, 1779, 1836 гг. см. Cutler, Lynch law in the United States. 1905. p. 29, 72.

[3]) Изъ другихъ республикъ Америки, въ *Эквадорѣ* право помилованія и амнистіи принадлежитъ президенту, хотя со многими ограниченіями (Strafgesetzgebung der Gegenwart B. II. Crusen. S. 32); въ *Сальвадорѣ* помилованіе также осуществляется правительственными органами (Ibid. Eisenman. S. 156).



Глава VI.

Германское законодательство и доктрина объ амнистіи и аболиціи.

Въ отношеніи развитія права помилованія Германія является одной изъ самыхъ отсталыхъ странъ Европы. Въ ней лишь намѣчаются тѣ правовые принципы, которые въ другихъ государствахъ привели къ образованію самостоятельнаго института амнистіи. Съ другой стороны, въ ней еще царитъ пестрота партикулярныхъ законодательствъ, не вполнѣ урегулированныхъ даже въ своихъ отношеніяхъ къ общеимперскому праву. Но и неразвитое состояніе права въ этой области, постоянно сталкивающагося съ прерогативами отдѣльныхъ государей, все же позволяетъ извлечь нѣкоторыя общія начала, свойственныя германскому воззрѣнію на амнистію.

Германское право вообще различаетъ аболицію—прекращеніе начатаго уголовнаго процесса, и помилованіе въ тѣсномъ смыслѣ—смягченіе или отмѣну наказанія. Амнистія по германскому праву есть не самостоятельный правовой институтъ, а соединеніе нѣсколькихъ аболицій и помилованій. Соціальная сторона амнистіи остается безразличной. Съ такой точки зрѣнія не представляется возможнымъ выдѣлить особо исторію развитія амнистіи въ нѣмецкихъ государствахъ, а приходится прослѣдить ее въ связи съ развитіемъ общаго права помилованія и, особенно, аболиціи, оттѣняя лишь интересующую насъ сторону.

Древне-германское право не знало публичныхъ наказаній въ собственномъ смыслѣ; преступленіе могло быть заглажено уплатой пени потерпѣвшему [1]); лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, подъ вліяніемъ религіозныхъ вѣрованій, наказаніе пріобрѣтало характеръ требованія божества [2]), и тогда наказанія выполнялись жрецами. Но съ укрѣпленіемъ королевской власти устанавливается сознаніе, что преступленіе нарушаетъ не только частные интересы, но и общій миръ;

---

[1]) Wilda. Strafrecht der Germanen 1842 p. 814 ff.

[2]) Grimm. Reichsalterthumer. p. 739, Lueder. Das Souveränitäts-Recht der Begnadigung 1860 p. 56.



за несоблюденіе этого мира съ виновнаго взыскивается бусса (Wette) [1]. Эта бусса и явилась зародышемъ публичныхъ каръ; за извѣстныя преступленія, crimina atrocissima, Ungerichte короли впослѣдствіи стали отказываться отъ принятія Wette и назначали Strafen um Hals und Hand, т. е. казни [2].

Судья, осуществлявшій правосудіе, не могъ предоставлять помилованія во всемъ томъ, что относилось къ частному интересу; и лишь за нарушеніе королевскаго мира судья могъ прощать причитающуюся ему, какъ представителю короны, пеню [3]. Такое право принадлежало суду и въ области политическихъ преступленій, гдѣ преступленіемъ были затронуты только интересы верховной власти [4].

Лишь съ XIII вѣка уголовное право Германіи пріобрѣтаетъ характеръ права публичнаго. Вмѣсто уплаты Wette, виновный уже долженъ былъ подвергаться публичнымъ наказаніямъ, отъ которыхъ онъ могъ лишь иногда откупиться (Ledigungsrecht) [5]. Принятіе выкупа такимъ образомъ зависѣло отъ потерпѣвшаго и судьи; король могъ осуществлять свое право помилованія только съ ихъ согласія [6]; иногда для этого требовалось еще согласіе общины [7]. Это отчасти соотвѣтствовало тогдашнимъ

---

[1]) Wette или Wedde носило названіе fredus—если шло народу, и bannus—если шло судьѣ за нарушеніе мира.

[2]) H. Meyer. Deutsches Staatsrecht. 1895. S. 552.

[3]) Sternberg. Begnadigung bei den Naturrechtslehrern 1899 S. 6—11. Ѳома Аквинскій милосердіе вмѣнялъ въ обязанность судьи: iudicium sine misericordia fiet ei, qui non facit miserecordiam.

[4]) Такъ у Plochmann. (Das Begnadigungsrecht. 1845 S. 26) приводится нѣсколько примѣровъ помилованія за государственную измѣну въ началѣ среднихъ вѣковъ.

[5]) Первыя указанія на это право мы находимъ въ источникахъ XIV вѣка. См. Davidson. Das Begnadigungsrecht 1903 p. 7 Ledigungsrecht состояло въ отказѣ судьи отъ примѣненія наказанія за уплату ему извѣстной суммы.

[6]) Lueder. o. c. p. 59.

[7]) Правило это выражалось въ слѣдующемъ положеніи: „wer die Tat richten sol, der hat gewalt gnade zu tun". См. Frauenstädt. Das Begnadigungsrecht im Mittelalter". Liszt's. Zeitschrift XVII S. 890. Наряду съ судьей право помилованія имѣлъ и Tronbote. Ibid. Нѣсколько позднѣе уже помилованіе ставится въ связь съ суверенной властью. Tiraquellus (см. Sternberg p. 36) уже приписываетъ право помилованія императору и папѣ, какъ верховнимъ органамъ государства.

политическимъ условіямъ, когда король не считался сосредоточіемъ всѣхъ публичныхъ функцій, а каждый органъ имѣлъ самостоятельную публично-правовую компетенцію [1]).

Къ XVI вѣку публичный взглядъ на наказаніе укрѣпляется, и вмѣстѣ съ тѣмъ возрастаетъ возможность для главы государства влiять на него посредствомъ законодательства. Отдѣльные государи начинаютъ самостоятельно осуществлять право помилованія, хотя весьма осторожно, вслѣдствіе опасенія ослабить силу репрессіи, на которой держался почти весь государственный строй [2]). Право помилованія уже непосредственно вытекало изъ верховной власти и не зависѣло отъ отношенія потерпѣвшаго къ преступнику [3]). Новая доктрина нашла себѣ теоретиковъ въ лицѣ Карпцова и его послѣдователей. Такъ послѣдними было установлено различіе между mitigatio ex justa causa—толкованіемъ ex aequitate, которымъ обладалъ судья, и mitigatio ex gratia principis—„dispensatio ejus, qui legislatoria potestate gaudet“ [4]).

Впрочемъ, право суверена на помилованіе встрѣчало себѣ препятствіе въ высшихъ санкціяхъ при учиненіи наиболѣе важныхъ злодѣяній, не подлежавшихъ погашенію ни по божескому [5]), ни по естественному праву [6]).

Въ отдѣльныхъ памятникахъ къ концу XVI в. мы находимъ ясно выраженное право государя на помилованіе, ко-

---

[1]) Въ австрійскихъ земляхъ процессъ развитія права помилованія шелъ тѣмъ же путемъ. Такъ уже въ Tiroler Malefizordnung 1499 г. упоминается о правѣ судьи миловать при присужденіи къ смертной казни, когда откупаться было запрещено. Wahlberg. Kleine Schriften. II. S. 123.

[2]) Plochmann o. c. p. 31. Lueder. o. c. p. 60.

[3]) Bornhak. Preussisches Staatsrecht. I p. 531 исторически выводитъ это право помилованія изъ landesherrliche Gerichtsherrlichkeit короля.

[4]) Wahlberg. o. c. p. 125.

[5]) Къ crimina juris divini относились: magia, latrocinium, incestum, sodomia, veneficium, falsificatio monetae. Sternberg. p. 37.

[6]) Carpzov. Pract. nova saxonica rerum criminarum P. III. qu. 150. Послѣдователь Карпцова Damm (Tractatus de poenis 1661) пишетъ, что слѣдуетъ различать leges ceremoniales, forenses, morales. По отношенію къ послѣднимъ право диспенсаціи монарха недопускается, такъ какъ не имъ эти законы созданы. См. Sternberg. Begnadigung bei den Naturrechtslehrern 1899. p. 27. О мнѣніи Clüsener 1703. Ibid. p. 52.



торое, вѣроятно, подъ вліяніемъ примѣра Франціи, начинаетъ съ XVII в. проявляться и въ формѣ аболиціи. До конца XVIII вѣка королевская власть осуществляетъ помилованіе лишь при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, въ менѣе важныхъ случаяхъ судья по прежнему примѣняетъ свое право освобожденія отъ наказанія въ случаѣ уплаты извѣстной денежной суммы [1]).

Съ середины XVII вѣка начинаетъ примѣняться и амнистія. Такъ въ п. 2 Вестфальскаго мирнаго договора 1648 г. германскимъ гражданамъ даруется амнистія. Въ 1701 г. король Фридрихъ I по поводу своей коронаціи издаетъ декретъ объ амнистіи; въ 1714 г. подобный же декретъ издается герцогомъ Ангальтскимъ [2]).

Съ другой стороны, право аболиціи и амнистіи находитъ себѣ выраженіе и въ австрійскомъ законодательствѣ. Theresiana различаетъ уже въ области Landesfürstliche Begnadigung отдѣльные виды: общее прощеніе или амнистію, аболицію и помилованіе лицъ уже осужденныхъ. Спеціальнаго опредѣленія амнистіи мы въ ней не находимъ; аболиція же опредѣлялась, какъ верховный актъ „dadurch der Beschuldigte von aller Klag, Frag, Strafe, Ehrenmakel und künftigen Vorstoss gänzlich sichergestellt wird“ [3]).

Такая практика нашла себѣ отраженіе и въ теоріи. Трудолюбивый Христіанъ Вольфъ въ части III своего „Jus naturae methodo scientifico pertractatum 1740—1748“ говоритъ уже особо объ аболиціи и амнистіи [4]) и даетъ очень строй-

---

[1]) Hälschner. Deutsches Strafrecht I, p. 542. Lueder. o. c. p. 64. Въ Австріи Peinliche Gerichtsordnung 1656 г. провозглашаетъ право помилованія королевской регаліей; но государямъ до XVIII вѣка приходилось бороться, чтобы достичь большей строгости приговоровъ съ судьями, примѣнявшими Ledigun. Wahlberg. o. c. S. 125.

[2]) Lueder. o. c. p. 64.

[3]) Wahlberg. o. c. p. 128.

[4]) Abolitio est exemptio laesoris e numero reorum. Оно пригодно для casus dubios. Носителемъ права аболиціи является государь. „Amnestia est oblivio in perpetuum. Въ то время какъ аболиція можетъ имѣть мѣсто лишь post actam rem, т. е. послѣ начала слѣдствія, амнистія погашаетъ также и самую жалобу. Право амнистіи также принадлежитъ суверену, но должно быть осуществляемо



ную теорію ихъ. Дальнѣйшаго развитія взглядовъ Вольфа въ юридической германской литературѣ мы, однако, не находимъ [1]).

Начавшаяся послѣ французской революціи 1789 г. реакція въ Европѣ не могла способствовать развитію амнистіи, какъ самостоятельнаго правового института. Абсолютная власть монарха, исключительно сосредоточившая въ своихъ рукахъ право помилованія, крайне скупа была на ослабленіе репрессіи, особенно въ области политическихъ преступленій. Движеніе 1848 года въ большинствѣ случаевъ не закрѣпило въ рукахъ народнаго представительства какихъ либо правъ въ области амнистіи, и потому и въ дальнѣйшій періодъ амнистія не могла выдѣлиться въ отличный отъ общаго помилованія правовой институтъ.

Въ *Австріи* законодательства послѣ Терезіаны уже не упоминаютъ объ амнистіи, хотя на практикѣ несомнѣнно она продолжала примѣняться. „Короли—пишетъ Вальбергъ [2]) предоставляли милость во всѣхъ формахъ: амнистіи, аболиціи, сокращенія наказаній, реабилитаціи, изъ высшихъ политическихъ соображеній, изъ великодушія, изъ стремленія къ успокоенію“. Послѣ 1848 г. спеціально можно отмѣтить амнистію преступныхъ дѣяній, учиненныхъ во время безпоряд-

---

въ интересахъ государства „Amnestia praecipue in re publica turbulenta, ubi ultro citroque injuriae inferuntur et accipiuntur, ut is in pristinum statum revocetur, item in bellis intestinis“. По естественному разуму амнистія должна быть предоставляема тогда, когда она лучше, чѣмъ наказаніе, можетъ предупредить въ будущемъ зло. Особенно она пригодна при преступленіяхъ, учиненныхъ массами, при возстаніяхъ. Массовое наказаніе всегда вредно для государства, такъ какъ вызываетъ возбужденіе въ странѣ. Sternberg o. c. p. 77—78.

[1]) Въ систематическихъ руководствахъ мы встрѣчаемъ лишь ссылку на право аболиціи, принадлежащее монарху. Такъ I. Böhmer. Elementa jurisprudentiae criminalis Halle 1738. S. 333: Impeditur criminum cognitio, ut nec incipere nec coepta ulterius currere queat... 3) abolitione principis. G. Meister. Principia juris criminalis. Goettingen 1792 S. 484 „Abolitio, quae reis tribuitur est actus imperii civilis, quo reus e processu, criminali nondum finito eximitur. Effectus ejus est, ut criminalis cognitio delicti sublata et exclusa sit in perpetuum“. То же повторяетъ и Feuerbach. Lehrbuch 4 Aufl. 1808. S. 62. См. подробнѣе Heimberger. Landesherrliche Abolitionsrecht. 1901. S. 6.

[2]) O c. S. 131.



ковъ въ 1849 г. въ Италіи, Галиціи и Венгріи[1]), амнистію, данную Францъ Іосифомъ 23 ноября 1853 г. согласно договору въ Виллафранкѣ[2]).

Ясное выраженіе право амнистіи нашло себѣ лишь въ ст. 13 основнаго австрійскаго закона о судебной власти отъ 21 декабря 1867 г., которая гласитъ: „Императоръ имѣетъ *право амнистіи* и право снимать или смягчать наказанія, назначенныя судами, а равно и освобождать приговоренныхъ отъ законныхъ послѣдствій ихъ осужденія, съ оговоркою, однако, въ пользу ограниченій, содержащихся въ законѣ о министерской отвѣтственности. Право предписывать, чтобы преступное дѣяніе не было предметомъ преслѣдованія или чтобы начатое по этому случаю преслѣдованіе было прекращено, будетъ опредѣлено постановленіями устава уг. суд.“.

И, дѣйствительно, уст. уг. суд. 1873 г. въ ст. 2 содержитъ правило, по которому: „публичное обвиненіе погашается, какъ только императоръ предпишетъ, чтобы противъ какого либо преступнаго дѣянія не было возбуждено слѣдствія или чтобы было прекращено уже начатое“[3]). Не трудно видѣть, что ссылка на регулированіе права аболиціи и амнистіи въ уставѣ уг. суд. оказалась совершенно призрачной; составители послѣдняго уклонились отъ этой важной задачи и повторили лишь дискреціонное право, содержавшееся въ законѣ 1867 г.

Въ военно-уголовномъ процессѣ императору принадлежатъ тѣ же права (§ 264 M. St. P. O); но право аболиціи съ нимъ раздѣляютъ и Gerichssherrn (судьи)[4]).

Изъ этихъ немногихъ указаній теорія дѣлаетъ тѣ заклю-

---

[1]) Ibid. S. 134.

[2]) Chomette. De l'amnistie. 1898. p. 90. При этой амнистіи даровалось и помилованіе въ извѣстной степени за общія преступленія: „Если было назначено наказаніе не только за какія либо политическія преступленія, но и за общія, то главнокомандующій и министръ юстиціи, по соглашенію, рѣшать, какъ слѣдуетъ измѣнить наказаніе во вниманіе къ данному акту милости“.

[3]) Löffler. Strafprocessgesetze. Leipzig 1905. S. 7.

[4]) Mischler und Ulbricht. Oesterreichisches Staatswörterbuch 1895. S. 113.



ченія: 1) что право аболиціи и амнистіи, какъ одно изъ проявленій суверенной власти, есть изъятіе въ пользу Opportunitätprincip преслѣдованія [1]); 2) что аболиція по отношенію къ частнымъ обвиненіямъ недопустима [2]), 3) что амнистія есть лишь соединеніе многихъ актовъ помилованія и аболиціи [3]), и 4) что единственное ограниченіе этого права установлено относительно министровъ по § 39 закона 25 іюня 1867 г., которые могутъ быть помилованы не иначе, какъ по предложенію Рейхсрата.

Та же недостаточность регулировки права амнистіи существуетъ и въ *Венгріи* [4]).

Въ самой *Германіи* постановленія о видахъ помилованія, какъ я уже замѣтилъ, крайне пестры [5]). Разграниченіе компетенціи императора и отдѣльныхъ союзныхъ государей, опредѣленіе правъ ихъ въ области помилованія представляетъ одинъ изъ сложнѣйшихъ въ догматическомъ отношеніи вопросовъ германскаго государственнаго права. Намъ нѣтъ, конечно, необходимости входить во всѣ тонкости отдѣльныхъ теоретическихъ различеній. Мы не будемъ даже излагать полностью все законодательство о помилованіи, а ограничимся главнѣйшими постановленіями.

Въ Германіи господствуетъ атомистическій взглядъ на ам-

---

[1]) Ullmann Lehrbuch österreichischen Strafprocessrechts. 1882. S. 249. Glaser. Handbuch des Strafprocessrechts. 1885, II. S. 58. видитъ основаніе такого исключенія въ томъ, что веденіе слѣдствія послѣ амнистіи или аболиціи мѣшало бы достиженію высшихъ государственныхъ цѣлей.

[2]) Finger. Das Strafrecht. 1894. I. S. 323.

[3]) Ibid. S. 323.

[4]) Ст. 14 венгерской конституціи предоставляетъ право амнистіи и помилованія императору. Уголовными законами оно не регулировано. См. Strafgesetzgebung der Gegenwart. I. Wlassics. S. 174.

[5]) Литература: Lüder, o. c. 1860. Heinze. Holtzendorf's Handbuch II S. 629. Löb. Begnadigungsrecht 1881. Binding. Handbuch des Strafrecht, 1885. I. S. 861. Elsas. Ueber das Begnadigungsrecht. 1888. Особенно Heimberger Das landesherrliche Abolitionsrecht. 1901. Hugo Meyer. Deutsches Strafrecht 1888. S. 46. Idem. D. Staatsrecht 1895. S. 541. Liszt. Lehrbuch des Strafrechts. 1903. S. 289. Laband. D. Staatsrecht III. S. 482. Руководства по процессу Benneke S. 39. Kries. S. 104, Glaser II. S. 53, John I. S. 108, Birkmeyer S. 25, Geyer. S. 66, Beling. S. 610.

нистію: амнистія есть лишь соединеніе отдѣльныхъ актовъ аболиціи и помилованія осужденныхъ. Такъ какъ въ осуществленіи права помилованія особыхъ преградъ для верховной власти не поставлено, то намъ, слѣдовательно, достаточно будетъ ознакомиться со случаями, въ которыхъ допускается аболиція, чтобы сдѣлать отсюда заключенія о границахъ допустимости амнистіи.

Въ дѣлахъ, подсудныхъ имперскому суду въ 1-ой инстанціи, согласно ст. 484 уст. уг. суд., императору принадлежитъ лишь право помилованія; аболиція здѣсь недопустима [1]). Въ области уголовно-морского права также указывается только на принадлежащее императору право помилованія, но практика выводитъ здѣсь право аболиціи изъ верховной власти императора надъ флотомъ; больше сомнѣній возникаетъ относительно возможности аболиціи преступленій въ сухопутныхъ войскахъ; наиболѣе основательнымъ признается мнѣніе, по которому здѣсь дѣйствуютъ постановленія отдѣльныхъ союзныхъ государствъ объ аболиціи [2]).

Относительно права аболиціи въ отдѣльныхъ государствахъ существуютъ большія разногласія. Въ литературѣ высказано нѣсколько мнѣній, отрицающихъ возможность примѣненія въ нихъ аболиціи послѣ изданія германскаго устава угол. судопр. 1877 г. [3]). Но придерживаясь господствующей

---

[1]) Таково господствующее мнѣніе. Contra Binding (Handbuch I, S. 870), который полагаетъ, что императору принадлежитъ право аболиціи отчасти *до* установленія процессуальнаго отношенія, (случаи взятія обратно обвиненія), отчасти *послѣ* (отказъ прокурора отъ обвиненія). Однако, какъ правильно замѣчаетъ Heimberger, S. 84, Биндингу, если онъ признаетъ эти случаи за аболицію, пришлось бы построить ученіе о „возвратимой аболиціи", такъ какъ взятое обратно обвиненіе всегда можетъ быть возбуждено вновь.

[2]) Heimberger S. 113. Laband. III. S. 489.

[3]) I. Первое мнѣніе (Benneke und Beling Lehrbuch des Strafprocessrecht 1900. S. 610) выводитъ отмѣну аболиціи изъ § 6 вступит. закона къ уст. уг. суд., по которому упраздняются несогласные съ новымъ уставомъ процессуальные институты. Но въ герм. литературѣ аболиція разсматривается не какъ процессуальный институтъ, а какъ правительственный актъ, несмотря на то, что въ конституціяхъ отдѣльныхъ государствъ Германіи постановленія объ аболиціи заключаются во главѣ о правосудіи (они имѣютъ въ виду лишь воздѣйствіе на правосудіе). II. Другое мнѣніе (Iohn. Strafprocessordnung 1884. S. 109, Iastrow.

теоріи и практики, мы признаемъ такое право существующимъ, и попытаемся систематизировать законодательныя постановленія отдѣльныхъ союзныхъ государствъ [1]). Ихъ можно свести къ слѣдующимъ 7 группамъ:

I. Аболиція допускается безъ всякихъ ограниченій ясно выраженнымъ постановленіемъ конституціи (княжества Reuss старшей и младшей линіи) или молчаливо презюмируется (Ангальтъ, Липпе, Шварцбургъ-Рудольфштадтъ, оба Мекленбурга, Любекъ). Въ Рудольфштадтѣ установленъ даже особый порядокъ для просьбъ объ аболиціи: чрезъ прокурора окружнаго суда или, въ участковой юстиціи, чрезъ судью онѣ подаются на имя государя. Къ этой группѣ относится, наконецъ, Саксенъ-Мейнингенъ, гдѣ аболиція обнимается общимъ неограниченнымъ правомъ помилованія.

Gerichtssaal. 1882. S. 532. Stenglein Kommentar. § 6) считаетъ аболицію отмѣненной, какъ несогласную съ духомъ уст. уг. суд., не знающимъ кабинетной юстиціи. На юридическое значеніе подобный аргументъ едва ли можетъ притязать. III. Кризъ (Lehrbuch. 1892. S. 104) выставляетъ иное обоснованіе отмѣны: уголовные суды дѣйствуютъ по имперскому закону и мѣстные государи не могутъ давать имъ предписаній процессуальнаго характера. Но, по мнѣнію Геймбергера, Лабанда, Мейера, Листа и др., право аболиціи стоитъ внѣ уголовнаго процесса. IV. Iastrow (o. c. S. 532) замѣчаетъ, что аболиція устранена ст. 16 учр. суд. уст., по которой „никто не можетъ быть изъятъ изъ компетенціи своего законнаго судьи". Но нѣтъ сомнѣнія, что это правило имѣетъ силу лишь противъ примѣненія исключительной подсудности. V. Тотъ же Iastrow и Löb (S. 18) видятъ въ аболиціи противорѣчія установленному въ ст. 152 уст. уг. суд. Legalitätsprincip; но какъ показываютъ конституціи отдѣльныхъ германскихъ государствъ, принципъ законности прекрасно могъ совмѣщаться съ правомъ аболиціи и по существу не противорѣчитъ ему. VI. Наконецъ, Биркмейеръ (Lehrbuch. S. 87) считаетъ аболицію, какъ уголовно правовое матеріальное установленіе, отмѣненной съ изданіемъ уголовн. улож. 1870 г., § 2 котораго отмѣнилъ прежніе уголовные законы. Но аболиція есть государственно-правовая мѣра, а не спеціально уголовная. Рейхсгерихтъ въ рѣшеніяхъ 1896 г. № 1649 и 1900 г. № 1718 призналъ аболицію отдѣльныхъ союзныхъ государей допустимой, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло переходитъ далѣе для пересмотра въ Имперскій судъ. Спорность принципіальнаго вопроса о допустимости аболиціи со стороны союзныхъ государей крайне обостряется политическими тенденціями этого вопроса. Получившее преобладаніе утвердительное рѣшеніе его можетъ быть такимъ же путемъ толкованія замѣнено противоположнымъ отрицательнымъ, стоитъ только придать расширительное значеніе указаннымъ противниками общимъ положеніямъ.

[1]) Систематизація эта произведена нами отчасти на основаніи работы Heimberger S. 45—69, отчасти—H. Meyer Staatsrecht. S. 552 ff.

II. Нѣкоторыя ограниченія существуютъ въ Бременѣ, гдѣ по § 57 конституціи 1875 г. для предоставленія помилованія и аболиціи требуется предварительное заключеніе подлежащаго суда, по содержанію своему, однако, необязательное для монарха.

III. Во многихъ государствахъ аболиція допускается не иначе, какъ съ согласія палатъ, по отношенію къ министрамъ, нарушившимъ конституцію, или по отношенію къ государственнымъ служащимъ, учинившимъ должностныя преступленія. Эти ограниченія или ясно выражены (Саксонія, Кобургъ-Гота, Вальдекъ, Шаумбургъ-Липпе), или заключаются въ понятіи помилованія съ указанной оговоркой (Ольденбургъ, Саксенъ-Альтенбургъ) или явствуютъ изъ спеціальнаго подчеркиванія исключенія, по которому можно судить о существованіи общаго правила допустимости аболиціи (Гессенъ, Саксенъ-Веймарнъ).

IV. Иногда ограниченія II и III группъ соединяются вмѣстѣ, и требуется для примѣненія аболиціи заключеніе извѣстныхъ органовъ (въ Брауншвейгѣ—высшаго суда, въ Вюртембергѣ—министра юстиціи [1]) съ оговоркою о невозможности помилованія министровъ, нарушившихъ конституцію.

V. Въ Пруссіи, согласно § 49 п. 3 конституціи 31 января 1850 г., аболиція уже начатаго слѣдствія [2]) возможна только *въ силу закона* [3]).

VI. Въ имперской землѣ Эльзасъ Лотарингіи мы находимъ чужеродный пережитокъ—остатокъ французскаго права съ его конструкціей амнистіи, какъ коллективнаго акта. Къ императору германскому перешли по закону 4 іюня 1879 г.

---

[1]) Вюртембергская конституція въ ст. 97, допуская аболицію, требуетъ, однако, чтобы государь этой своей дѣятельностью не поколебалъ въ странѣ силы закона и уваженія къ дѣйствующему уголовному законодательству.

[2]) Понятіе „уже начатаго слѣдствія" весьма спорно. Контроверзы см. Heimberger S. 58.

[3]) Понятіе закона, по мнѣнію германскихъ юристовъ, здѣсь должно пониматься лишь въ формальномъ смыслѣ. Подробныхъ толкованій этого постановленія не имѣется.



всѣ права императора французскаго. Послѣднему, согласно § 1 сенатусконсульта 25 декабря 1852 г., принадлежало лишь право амнистіи (но не аболиціи). Отсюда слѣдуетъ, что императоръ германскій не имѣетъ здѣсь права индивидуальной аболиціи [1]), а лишь право амнистіи. Право это онъ можетъ делегировать намѣстнику.

VII. Наконецъ, въ Баваріи, Баденѣ и Гамбургѣ аболиція совершенно не допускается. Въ Баваріи титулъ VIII § 4 конституціи 1818 г. гласитъ: „король можетъ давать помилованіе и смягчать наказаніе въ уголовныхъ дѣлахъ, но ни въ какомъ случаѣ не можетъ пріостанавливать ни слѣдствія, ни хода судебнаго процесса". Въ Гамбургѣ и Баденѣ аболиція должна быть признана недопустимой вслѣдствіе узкаго опредѣленія права помилованія [2]).

Проф. Геймбергеру, на основаніи частной анкеты правительствъ германскихъ союзныхъ государствъ, удалось собрать данныя о фактическомъ примѣненіи аболиціи. По общему отзыву, примѣняется аболиція вообще весьма рѣдко. Чаще всего она допускается въ Саксенъ-Альтенбургѣ по отношенію къ дѣтямъ школьнаго возраста, чтобы предохранить ихъ отъ вреднаго фигурированія на судѣ. Такъ въ 1900 г. подобныхъ аболицій было 23. Случаевъ аболиціи по инымъ основаніямъ за 30 лѣтъ было 43. Затѣмъ въ Саксоніи аболиціей пользуются для условнаго помилованія въ формѣ, близко подходящей къ англійской. Изъ другихъ государствъ, въ Ольденбургѣ со времени существованія Имперіи было 16 просьбъ объ аболиціи, изъ нихъ лишь 7 были удовлетворены; въ Бременѣ—было 145 просьбъ, изъ нихъ 25 увѣнчались успѣхомъ. Въ Шварценбургѣ за 10 лѣтъ было 2 случая аболиціи. Ни разу не примѣнялась аболиція со времени основанія им-

[1]) Binding. (Grundriss 5 Aufl. S. 234) отрицаетъ и это право амнистіи, впрочемъ, какъ указываетъ Лабандъ (III. S. 490), неосновательно. Спеціальныя контроверзы по этому вопросу см. Elsas S. 70, Heimberger S. 61, Arndt Verordnungsrecht S. 237.

[2]) Впрочемъ, Гамбургскій сенатъ считаетъ себя принципіально уполномоченнымъ на амнистію, хотя съ 1879 г. ни разу не осуществлялъ этого своего права (Heimberger, S. 67).



перій въ Липпе, Шварцбургъ-Зондергаузенъ, Вальдекъ, Пирмонъ, Гамбургѣ, и Мекленбургъ-Стрелицѣ. Въ остальныхъ государствахъ аболиціи были (судя по неопредѣленнымъ отвѣтамъ) весьма рѣдки. Любопытно отмѣтить, что въ таблицѣ преступныхъ дѣяній, по которымъ были предоставляемы аболиціи, приведенной у Геймбергера, мы не находимъ *ни одного политическаго преступленія*.

Амнистіи въ Германіи, какъ соединеніе нѣсколькихъ помилованій и аболицій, ни въ чемъ не отличаются отъ подобныхъ же индивидуальныхъ актовъ; но если бы попытаться обособить въ отдѣльную группу случаи, подходящіе къ нашимъ Всемилостивѣйшимъ Манифестамъ и представляющіе изъ себя лишь болѣе широкіе акты помилованія, то въ новѣйшей исторіи Германіи можно было бы отмѣтить рядъ такихъ коллективныхъ помилованій. Они могутъ быть сведены въ двѣ группы—воинскихъ и династическихъ амнистій. Примѣрами амнистій первой группы являются амнистія послѣ франко-прусской войны, предоставленная по трактату 10 мая 1871 г. [1]), условная амнистія отъ 9 февраля 1879 г., дарованная эльзасцамъ по поводу неявки ихъ къ отбыванію воинской повинности, амнистія 1879 г., погашавшая въ Эльзасѣ преслѣдованія за Fahnenflucht, наконецъ амнистія 1871 г. въ Шварценбургъ-Зондергаузенъ, погашавшая, вскорѣ послѣ войны, преслѣдованія за нѣкоторыя воинскія преступленія [2]).

Другимъ видомъ примѣнявшейся въ Германіи амнистіи является амнистія *династическая*, предоставлявшаяся въ интересахъ укрѣпленія любви и преданности къ династіи. Сюда относятся амнистія 1889 г. въ Вюртембергѣ (по поводу 25 лѣтняго юбилея короля), амнистія въ Ангальтѣ отъ 1896 г.

---

[1]) Амнистія эта прекращала преслѣдованія „за весь вредъ и несправедливость, учиненныя съ той и другой стороны, за преступныя дѣянія солдатъ, учиненныя на непріятельской территоріи или не имѣющія отношенія къ войнѣ“; амнистія распространялась и „на примкнувшихъ къ врагу во время войны“. Точно также указывалось, что „ни одинъ житель уступленной Германіи области не будетъ преслѣдоваться ни лично, ни имущественно за его политическія или военныя дѣйствія во время войны“. См. Mischler Staatswörterbuch 1895 S. 113).

[2]) Heimberger, S. 81.



(по поводу 25-лѣтняго юбилея герцога), амнистировавшія преступленія печати и нѣкоторыя политическія, амнистія въ Шаумбургъ-Липпе (при вступленіи на престолъ новаго герцога). Въ Вюртембергѣ была дарована довольно обширная амнистія въ 1891 г. по поводу вступленія на престолъ Вильгельма II. Наиболѣе широкій характеръ амнистія получила въ 1896 г. по случаю 25-лѣтія основанія имперіи. Слѣдуетъ отмѣтить, наконецъ, недавнюю амнистію 1906 г. по случаю рожденія внука императора. Впрочемъ послѣднія двѣ амнистіи касались только лицъ, уже осужденныхъ, такъ какъ права аболиціи, какъ мы видѣли, по имперскому законодательству не существуетъ.

Дѣйствіе амнистіи, по германской теоріи слагается изъ дѣйствія помилованія и аболиціи. Относительно перваго не возникаетъ юридическихъ сомнѣній, и потому мы остановимся лишь на разсмотрѣніи дѣйствія аболиціи. Аболиція препятствуетъ дальнѣйшему производству слѣдствія, обращаясь въ каждому судебному органу съ требованіемъ превратить производство [1]). Изъ такого дѣйствія аболиціи можно сдѣлать слѣдующіе выводы [2]): 1) дѣяніе не можетъ быть принято во вниманіе при установленіи рецидива; 2) отпадаетъ возможность для виновнаго въ оскорбленіи ссылаться на судебный процессъ, какъ на доказательство своей добросовѣстности при приписываніи лицу, дѣяніе котораго аболировано, учиненія этого позорящаго дѣянія; 3) возможно продолженіе объективнаго производства по ст. 42 уг. ул. объ уничтоженіи вредныхъ послѣдствій преступленія и 4) аболиція, дарованная одному, не распространяется на другихъ соучастниковъ [3]). Аболиція затрагиваетъ только притязаніе государства на наказаніе, не касаясь

---

[1]) Elsas. o. c. S. 87 полагаетъ, что такое предписаніе можетъ быть направлено лишь въ прокурору, а не къ судьѣ, и потому аболиція можетъ быть примѣнена только до открытія главнаго производства. Löb, S. 58, уподобляетъ дѣйствіе аболиціи въ этомъ отношеніи дѣйствію вступившаго въ силу оправдательнаго приговора, она разрываетъ связь опредѣленнаго лица съ опредѣленнымъ преступленіемъ.

[2]) Heimberger, s. 117.

[3]) Также Elsas, S. 16. Совершенно обратное положеніе принято во французской доктринѣ.



другихъ притязаній (частнаго обвинителя [1]) или гражданскаго истца, если даже имъ является казна). Однако взысканіе буссы въ уголовномъ порядкѣ аболиціей можетъ быть устранено.

Наконецъ, что касается формы, то въ Пруссіи аболиціи и амнистіи предоставляются въ формѣ закона [2]); въ остальныхъ государствахъ—въ видѣ письменнаго указа. По содержанію въ этомъ указѣ долженъ лишь заключаться отказъ отъ преслѣдованія учиненнаго преступнаго дѣянія.

Такое состояніе законодательства, при которомъ амнистія является съ догматической точки зрѣнія совершенно безполезнымъ понятіемъ [3]), не могло не отразиться и на состояніи научной разработки вопроса объ амнистіи въ Германіи.

Въ то время какъ въ литературѣ начала XIX вѣка шелъ еще живой споръ о политическихъ основаніяхъ аболиціи [4]), литература второй половины XIX в. всецѣло становится на почву строго юридической разработки существующаго права, независимо отъ его правно-политической цѣнности, вслѣдствіе чего ею тщательно консервируются и разрабатываются

---

[1]) Таково мнѣніе Биндинга (Handb. I, S. 870). Heimberger, S. 120, исходя изъ того положенія, что частный обвинитель только приводитъ въ дѣйствіе карательную власть государства и его притязаніе на наказаніе, считаетъ что государство въ правѣ отказаться отъ своего притязанія на наказаніе и по отношенію къ дѣяніямъ, преслѣдуемымъ по частной жалобѣ. Ошибка Биндинга въ томъ, что онъ смотритъ на аболицію, какъ на приказъ прокуратурѣ. Также и Elsas p. 30, вопреки цитированію его у Heimberger'а.

[2]) Heimberger, p. 120, замѣчаетъ, что форма закона здѣсь требуется не потому, что въ аболиціи видятъ отмѣну судебно-уголовныхъ законовъ, а такъ какъ хотятъ предупредить злоупотребленіе аболиціей.

[3]) Davidsohn, Das Begnadigungsrecht, 1903, p. 56.

[4]) Такъ Vollgraff (Vermischte Abhandlungen II) отрицалъ допустимость аболиціи, такъ какъ она препятствуетъ частнымъ лицамъ доказать свои гражданскія притязанія. Того же мнѣнія были Kleinschrod, System. Entw. II S. 111. Tittmann, Handbuch, I, s. 139 и Grolmann Grundsätze der Criminalwiss. S. 101. Но большинство находило, что право аболиціи вытекаетъ изъ права суверена и оправдывается какъ требованіями справедливости (если само слѣдствіе составило для обвиняемаго уже достаточное испытаніе), такъ и соображеніями политики (для открытія шаекъ соучастниками, при возстаніяхъ). При торжественныхъ и радостныхъ событіяхъ коллективныя аболиціи хотя и не необходимы, но оправдываются Güte und Gerechtigkeit (Lueder o. c. p. 209 ff.).



институты, по существу отмирающіе и подлежащіе замѣнѣ болѣе развитыми. Существо амнистіи, основанной на выдѣленіи особыхъ формъ помилованія въ отдѣльную группу, вслѣдствіе соціальнаго ихъ значенія, остается совершенно незамѣтнымъ при такой чисто формальной разработкѣ права [1]).

Аболиція разсматривается въ германской доктринѣ какъ отказъ отъ поддержанія уже заявленнаго государственнаго притязанія на наказаніе или какъ Verzicht auf das Strafklagerecht [2]). Если аболиція и имѣетъ характеръ предположенія процесса, то этимъ еще не утверждается, что сама она есть институтъ процессуальнаго характера. Законодательнымъ актомъ [3]) она не можетъ быть признана, ибо, какъ замѣчаетъ Лабандъ [4]), „она нисколько не измѣняетъ существующихъ правовыхъ нормъ; она устраняетъ или измѣняетъ лишь одно отдѣльное послѣдствіе, къ которому въ конкретномъ случаѣ приводятъ правовыя положенія“ [5]). Наконецъ, аболиція не можетъ быть признана актомъ правосудія, такъ какъ она не является приговоромъ, оправдывающимъ или осуждающимъ обвиняемаго. Единственно допустимымъ взглядомъ является, по мнѣнію германскихъ юристовъ, взглядъ на аболицію, какъ на актъ государственнаго управленія, въ частности управленія юстиціей [6]).

---

[1]) Кой-какія уголовно-политическія соображенія въ позднѣйшей литературѣ мы находимъ лишь относительно права помилованія въ узкомъ смыслѣ. См. Davidsohn o. c. S. 9—22. Противъ раціональности допущенія въ законѣ аболиціи, безъ всякой мотивировки этого своего мнѣнія однако, высказывается Liszt. Lehrbuch, 1903, S. 290.

[2]) Finger (Strafrecht, 1894, I, p. 322). Binding (Hanbuch, I, S. 869). Heimberger p. 5. Stockar, Schweizerisches Begnadigungsrecht, 1901, p. 38.

[3]) Признаніе аболиціи за lex specialis въ германской литературѣ было установлено впервые Карпцовымъ (Practica rerum crim. 150, 15, 16). Позднѣе такого взгляда придерживались Heinze Holtzendorf's Handbuch p. II 663, Schütze Lehrbuch des Strafrechts p. 214. Hälschner, Deutsches Strafrecht. I, p. 730. Köstlin. System des d. Strafrechts I, p. 632. Seuffert въ Stengels Wörterbuch.

[4]) Deutsches Staatsrecht. III, 484. То же повторяетъ Stockar, S. 28.

[5]) Къ взгляду Лабанда присоединяются H. Meyer, Staatsrecht. 1895 p. 231, G. Meyer, Staatsrecht. 1899 S. 573. Binding, Handbuch I 1885, S. 862. Heimberger, p. 7. Только Löb, p. 7, разсматриваетъ помилованіе въ широкомъ смыслѣ, какъ совокупное дѣйствіе законодательной и судебной власти.

[6]) Лабандъ, Фингеръ, Мейеръ, Геймбергеръ, Стокаръ,

Конструкція аболиціи какъ *отказа* отъ извѣстнаго публичнаго права не противорѣчитъ признанію ея актомъ управленія [1]), такъ какъ существо ея заключается въ повелительно выраженной волѣ государственнаго органа. Общее опредѣленіе аболиціи, могущее быть признаннымъ за господствующее въ германской литературѣ, гласитъ: аболиція по своей правовой природѣ есть актъ, служащій основаніемъ для прекращенія процесса (отрицательная предпосылка процесса), относящійся къ управленію юстиціей и состоящій въ отказѣ отъ поддержанія уже заявленнаго государственнаго притязанія на наказаніе [2]).

Взглядъ на юридическую природу аболиціи кореннымъ образомъ опредѣляетъ и конструкцію амнистіи въ германской литературѣ.

Въ германской литературѣ 50-хъ гг., подъ вліяніемъ французскаго образца, замѣтна была склонность къ обособленію амнистіи отъ родственныхъ ей институтовъ аболиціи и помилованія. *Бернеръ* въ своемъ „Учебникѣ" [3]) говоритъ объ амнистіи особо, считая ее понятіемъ болѣе широкимъ, чѣмъ помилованіе. Доктрина амнистіи у него построена на основаніяхъ французскаго права [4]). Впрочемъ, онъ по политиче-

---

Elsas. Противъ этого взгляда высказывается Биндингъ (Grundriss des Strafrechts. 1897 S. 231), который указываетъ, что прежде право помилованія принадлежало и частнымъ лицамъ и не могло быть ими осуществляемо какъ функція государственнаго управленія. Самъ Биндингъ признаетъ аболицію отказомъ отъ обязанности преслѣдовать. Davidsohn, S. 31, признавая также аболицію актомъ управленія, оговаривается, однако, что въ данномъ случаѣ административной власти позволяется вторгаться въ область правосудія лишь *въ пользу* отдѣльнаго лица.

[1]) Heimberger, S. 11.

[2]) Heimberger p. 12. Stockar, p. 7. Laband p. III, 482—484.

[3]) Учебникъ уголовнаго права пер. Неклюдова, 1867. т. I, стр. 909.

[4]) „Амнистія не можетъ погасить собою гражданскія послѣдствія преступленія, но она исходитъ изъ той необходимой для ея цѣли фикціи, что преступленіе вовсе не существовало, и поэтому преступленіе, погашенное амнистіей, не можетъ служить основаніемъ къ опредѣленію наказанія за рецидиву въ случаѣ совершенія новаго преступленія. Амнистія распространяется на всѣхъ участниковъ въ преступленіи, потому что она игнорируетъ самое событіе дѣянія. Безъ сомнѣнія, она можетъ являться въ условной формѣ, заключая въ себѣ извѣстныя ограниченія помилованія; однако эти ограниченія должны быть положительно указаны. При этомъ мы должны принять во вниманіе, что амнистія, исключаю-

скимъ основаніямъ признаетъ необходимымъ право амнистіи сохранить въ рукахъ монарха: „Право помилованія не должно быть предоставляемо палатамъ. Парламентскій милостивый манифестъ лишилъ бы помилованіе его святости. Онъ даже уничтожилъ бы совершенно цѣль политической амнистіи, потому что политическія преступленія, которыя амнистія должна покрыть непроницаемой завѣсой, были бы возстановлены имъ въ самомъ яркомъ свѣтѣ и утихнувшая борьба партій возгорѣлась бы снова. Кромѣ того палаты являются слишкомъ медленнымъ и неудобоподвижнымъ органомъ для отправленія помилованія". [1]).

Особенную природу амнистіи признавалъ и *Людеръ* въ своемъ извѣстномъ изслѣдованіи о правѣ помилованія [2]). Въ противоположность аболиціи по его мнѣнію, амнистія есть необходимый въ современной государственной жизни институтъ. Она часто (но не всегда) проявляется въ видѣ abolitio personarum et causarum, и можетъ включать въ себя и аболицію и помилованіе въ тѣсномъ смыслѣ. Можно назвать амнистіей и актъ, состоящій только изъ помилованія многихъ лицъ (напр. амнистія по поводу радостнаго событія). Амнистія не должна непремѣнно покоиться на основаніяхъ политики, благость и справедливость также могутъ для нея быть подходящими основаніями ея. По мнѣнію Людера, противоположному французской доктринѣ, нельзя утверждать, что амнистіи присуще особое дѣйствіе, ей одной только свойственное. Все зависитъ отъ суверена. Для понятія амнистіи необходимо помилованіе многихъ *однимъ* актомъ, причемъ число одновременно амнистируемыхъ должно быть относительно большимъ. Такимъ образомъ Людеръ, хотя и отмѣчаетъ нѣкоторыя особенности амнистіи, однако не настолько характерныя, чтобы онѣ въ

щая слишкомъ много лицъ отъ помилованія, вступила бы на путь, ведущій къ вырожденію ея въ аболицію, что недопускается конституціонными законами. Цѣль амнистіи—возстановить миръ между враждующими партіями и покрыть тѣмъ самымъ прошедшее непроницаемой завѣсой, когда все дѣло въ его совокупности будетъ сдано въ архивъ и предано забвенію". Бернеръ, стр. 912.

[1]) Бернеръ, стр. 909.

[2]) Lueder, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung 1860. S. 211 ff.



глазахъ послѣдующихъ авторовъ могли послужить основаніемъ къ созданію новаго правового института.

Однако съ начала пятидесятыхъ же годовъ сталъ укрѣпляться взглядъ, что амнистія есть лишь чисто внѣшнее понятіе, состоящее изъ актовъ помилованія и аболиціи. Въ такомъ смыслѣ именно высказались *Mittermaier* [1]) и *Jagemann* [2]). Въ позднѣйшей литературѣ, хотя и отмѣчались отдѣльные элементы понятія амнистіи, однако ей не придавалось самостоятельнаго значенія [3]). Лишь изрѣдка упоминается она, какъ особый видъ помилованія [4]). Въ новѣйшей германской литературѣ мы находимъ лишь 2 попытки опредѣлить понятіе амнистіи. *Stockar* (стр. 8) опредѣляетъ ее, какъ „отказъ государства отъ своего правомочія на наказаніе значительнаго числа преступниковъ извѣстной категоріи", и съ такой точки зрѣнія не видитъ необходимости создавать особую законо-

---

[1]) Feuerbach. Lehrbuch, herausgeb. von Mittermaier 1847. S. 122.

[2]) Jagemann. „Begnadigung und Amnestie" статья въ Gerichtsaal. Bd. III Jahrg. 1851. S. 75.

[3]) Такъ Stockar (Schweizerisches Begnadigungsrecht. 1901. S. 7) пишетъ: „Въ одномъ пунктѣ литература согласна, именно, что понятію амнистіи присуща множественность. Въ остальномъ господствуетъ большое разнообразіе взглядовъ. Въ то время какъ одни требуютъ множества преступленій (Merkel) или преступниковъ (Geib, Stooss), большинство юристовъ опредѣляетъ амнистію какъ помилованіе, касающееся опредѣленныхъ категорій преступленій или преступниковъ, считая необходимымъ, чтобы различные дѣянія или дѣятели стояли въ какомъ либо отношеніи другъ къ другу, напр. по природѣ, мотиву или цѣли дѣянія. По мнѣнію однихъ, амнистія является не болѣе, какъ соединеніемъ нѣсколькихъ аболицій, такъ что правила относительно аболиціи находятъ свое примѣненіе и къ амнистіи, по мнѣнію другихъ, являющемуся господствующимъ, амнистія можетъ заключать въ себѣ и аболиціи, и помилованія въ тѣсномъ смыслѣ. Наконецъ, самое дѣйствіе амнистіи почитается спорнымъ. Одни (Berner Jagemann) считаютъ, что амнистія совершенно вычеркиваетъ преступленіе, въ противоположность помилованію, которое касается только послѣдствій преступленія или приговора, другіе (Elsas, Heinze, H. Meyer) сравниваютъ дѣйствіе амнистіи съ дѣйствіемъ помилованія". Davidshon (o. c. 1903. S. 53) правильно считаетъ невозможнымъ различіе, проводимое между помилованіемъ и амнистіей съ точки зрѣнія количества и опредѣленности лицъ, подлежащихъ той или другой. Stockar (S. 9) самъ считаетъ характерной для амнистіи множественность преступниковъ, а не преступленій. Мыслима амнистія одного преступленія, учиненнаго многими.

[4]) Binding, Handbuch I, S. 861.



дательную форму. „Если мы спросимъ себя, должна ли амнистія составлять третій видъ помилованія, то должны будемъ отвѣтить на этотъ вопросъ отрицательно. Ибо, поскольку актъ объ амнистіи содержитъ только нѣсколько аболицій или только нѣсколько помилованій въ тѣсномъ смыслѣ, то все различіе будетъ состоять въ числѣ объектовъ; но хотя бы одинъ и тотъ же актъ объ амнистіи содержалъ въ себѣ соединеніе аболицій и помилованій, онъ не долженъ былъ быть признанъ особымъ правовымъ институтомъ, такъ какъ мы уже выше установили, что вслѣдствіе соединенія обоихъ видовъ помилованія въ одномъ актѣ не возникаетъ новаго вида помилованія“ (S. 10). Имѣя въ виду, вѣроятно, это мотивированное мнѣніе Стокара, Davidsohn дѣлаетъ нѣкоторыя слабыя оговорки въ пользу обособленія понятія амнистіи и законодательной ея конструкціи. „Амнистія—пишетъ онъ—есть отказъ государства отъ своего права наказанія, по отношенію къ цѣлой категоріи лицъ или дѣяній, въ какомъ бы процессуальномъ положеніи ни находилось каждое отдѣльное дѣло въ моментъ обнародованія милости“ (S. 54). Но „могутъ возникнуть несообразности, если въ амнистіи соединить вмѣстѣ съ помилованіемъ въ тѣсномъ смыслѣ всѣхъ уже осужденныхъ и аболицію по отношенію къ тѣмъ, противъ которыхъ еще не возбуждено уголовное преслѣдованіе или оно только что начато. Въ такихъ случаяхъ можетъ произойти то, что амнистія будетъ издаваться частью сегодня, частью чрезъ нѣсколько мѣсяцевъ, частью отъ лица короля, частью отъ лица палатъ, и такимъ образомъ будетъ нарушено единство акта [1]). Это не можетъ быть, однако, избѣгнуто, какъ предлагаетъ Бернеръ, соединеніемъ въ рукахъ короля права помилованія и права прекращенія процесса, но лучше достигнуть этого опубликованіемъ амнистіи короля одновременно съ законами, допускающими аболицію, или еще лучше—изданіемъ единаго законодательнаго акта объ амнистіи, подъ условіемъ отказа короля отъ принадлежащаго ему права помилованія“ (S. 55, 56).

Такимъ образомъ въ германской литературѣ амнистія,

[1]) Davidsohn имѣетъ въ виду прусскій порядокъ аболиціи.



преимущественно благодаря тому, что она не могла по политическимъ условіямъ вылиться въ форму законодательнаго акта, получила весьма слабую разработку. Господствующій догматическій методъ разработки права не отмѣтилъ тѣхъ основаній, по которымъ такое обособленіе должно было бы имѣть мѣсто. Литература выставила лишь различіе между аболиціей и помилованіемъ, какъ двумя „формами управленія юстиціей". Между тѣмъ правовыя требованія современной жизни расшатали окончательно raison d'être индивидуальной аболиціи, они не допускаютъ возможности ставить препятствія теченію правосудія въ *частныхъ*, индивидуальныхъ интересахъ, и это требованіе жизни выразилось въ полномъ вырожденіи аболиціи въ практикѣ Германіи. Коллективныя же помилованія, которыя часто выполняютъ тамъ роль амнистіи, не способны удовлетворить потребность общества въ забвеніи прошлыхъ преступленій, будучи лишенными многихъ существенныхъ качествъ (возможности немедленной пріостановки всѣхъ дѣлъ, возникшихъ на почвѣ погашаемыхъ преступленій, устраненія гражданскихъ исковъ объ убыткахъ, и т. д.). Благодаря отсталости этихъ правовыхъ институтовъ, и объемъ допускаемой репрессіи, въ особенности въ области политическихъ преступленій, не стоитъ въ надлежащемъ соотвѣтствіи съ дѣйствительными нуждами государства. Благотворное вліяніе амнистіи стѣснено, и дѣйствіе ея направлено скорѣе въ сторону укрѣпленія монархизма, нежели въ сторону развитія гражданственности. Мы думаемъ, что развитіе политическихъ идей въ Германіи и большее объединеніе судебной организаціи должно вызвать значительныя измѣненія въ организаціи власти помилованія, и, въ частности, выдѣленіе амнистіи въ самостоятельный прововой институтъ имѣющій законодательную конструкцію.

Глава VII.

Системы амнистіи, какъ прерогативы монарха.

Остановимся, наконецъ, на нѣкоторыхъ системахъ, предоставляющихъ право амнистіи монарху, но которыя, въ отли-

чіе отъ германской системы, не допускаютъ индивидуальной аболиціи и знаютъ амнистію, какъ самостоятельный правовой институтъ.

Итальянское законодательство о видахъ помилованія даетъ намъ любопытную промежуточную форму между индивидуальнымъ помилованіемъ и амнистіей. Ст. 8 конституціи 1848 г. глухо говоритъ, что „королю принадлежитъ право помилованія". Уголовное законодательство (art. 86—90 codice penale и art. 826—833 cod. di proc. pen.) распространяетъ это королевское право на всѣ 3 извѣстныхъ въ Италіи вида помилованія—grazia, amnistia, indulto. Grazia есть индивидуальное помилованіе осужденныхъ преступниковъ. Indulto, по своему юридическому характеру, есть коллективное помилованіе, относящееся къ опредѣленному классу преступленій; послѣдствія indulto и grazia совершенно одинаковы [1]). Амнистія же погашаетъ уголовное преслѣдованіе и прекращаетъ исполненіе приговора и всѣ уголовныя послѣдствія его (ст. 86 угол. улож.). На дѣлѣ, впрочемъ, амнистія часто смѣшивается съ индульгенціей.

Хотя амнистія, какъ и помилованіе, принадлежитъ королю [2]), однако порядокъ предоставленія ея иной, чѣмъ порядокъ предоставленія помилованія [3]); онъ основанъ на необходимомъ содѣй-

---

[1]) Помилованіе, отмѣняющее или измѣняющее наказаніе, прекращаетъ ограниченія публичныхъ и гражданскихъ правъ осужденнаго, но оно не снимаетъ ни запрещенія поступать на государственную службу, ни запрещенія профессіональной дѣятельности, ни, наконецъ, спеціальнаго надзора полиціи, если только объ этомъ не существуетъ спеціальной оговорки въ декретѣ о помилованіи или индульгенціи (ст. 86 угол. улож.). См. изданіе итальянскихъ уголовныхъ кодексовъ съ комментаріями подъ ред. Luigi Lucchini. Torino. 1897.

[2]) Впрочемъ, такъ какъ конституція Италіи умалчиваетъ о правѣ короля на амнистію, въ литературѣ происходитъ споръ о принадлежности ея королю, съ сильнымъ, впрочемъ, преобладаніемъ защитниковъ существующей практики. См. Tuozzi. Corso di diritto penale. 1899. vol. I p. 502.

[3]) Порядокъ помилованія слѣдующій (ст. 826—829): Просьбы о помилованіи осужденныхъ должны быть направлены къ королю и представлены ему министромъ помилованія и юстиціи; на нихъ должна быть подпись или просителя, или адвоката, или прокурора. Онѣ не останавливаютъ исполненія приговора, если только на этотъ счетъ не будетъ особаго королевскаго предписанія. Помилованіе можетъ затрагивать только уже вступившіе въ законную силу приговоры.



извѣстныхъ правительственныхъ органовъ. Амнистія предоставляется королевскимъ декретомъ, но требуется, чтобы этотъ декретъ былъ изданъ не иначе, какъ по предложенію министра юстиціи и по выслушаніи заключенія совѣта министровъ. Министры являются отвѣтственными предъ палатой за этотъ декретъ (при помилованіи этой отвѣтственности не существуетъ) [1]). Обращеніе къ парламенту за разрѣшеніемъ амнистіи необходимо только по отношенію къ министрамъ, нарушившимъ конституцію.

Амнистія разсматривается какъ актъ суверенной власти, покрывающій забвеніемъ извѣстную категорію преступленій посредствомъ прекращенія уголовнаго преслѣдованія или отмѣны осужденія, если таковое имѣло мѣсто [2]). Но въ законѣ содержатся нѣкоторыя ограниченія „полнаго забвенія". Такъ амнистія не даетъ права ни на возстановленіе конфискованныхъ предметовъ, ни на возвращеніе суммъ, уплаченныхъ казнѣ въ видѣ денежныхъ пеней. Предполагавшееся раньше ограниченіе допустимости амнистіи при преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ по частной жалобѣ, не внесено въ законъ. Практика указываетъ, что въ случаѣ амнистіи уголовные суды становятся некомпетентными въ опредѣленіи гражданскаго вознагражденія за вредъ и убытки [3]).

Въ законѣ, наконецъ, опредѣленъ порядокъ примѣненія амнистіи, подробно развитый кассаціонной практикой. Примѣненіе амнистіи различается въ зависимости отъ того, является ли амнистія безусловной, или условной. Въ первомъ

Получившіе помилованіе, подъ страхомъ потери его, должны въ теченіе двухъ мѣсяцевъ представить декретъ прокуратурѣ суда, постановившаго приговоръ. Декретъ о помилованіи заносился секретаремъ суда въ приговоръ въ теченіе трехъ дней и если декретъ только замѣняетъ или уменьшаетъ наказаніе или содержитъ какія-либо условія, то прокуратура заботится о выполненіи ихъ, о чемъ заноситъ въ приговоръ. Индульгенція (ст. 831) также предоставляется королевскимъ декретомъ, въ которомъ перечисляются преступленія и осужденные, подлежащіе ей, и условія допущенія къ ней. Она не можетъ прекращать уголовнаго преслѣдованія.

[1]) Ст. 830 уст. угол. суд. Tuozzi, o. c. p. 503.

[2]) Tuozzi o. c. p. 498, Lucchini. Codice penale 1897 p. 113.

[3]) Lucchini, o. c. p. 114.



случаѣ амнистія примѣняется механически. Если же амнистія не будетъ примѣнена судьей во время слѣдствія или суда, то генералъ-прокуроръ апелляціоннаго суда, въ округѣ котораго долженъ бы быть постановленъ или въ дѣйствительности постановленъ приговоръ о преступномъ дѣяніи, самъ обязанъ заявить о необходимости прекращенія дѣла и объ освобожденіи заключенныхъ. Заявленіе это вносится въ обвинительную камеру (sezione d'accusa), которая дѣлаетъ соотвѣтственное постановленіе. Если же изъ дѣла не выясняется еще въ достаточной степени характеръ преступленія, относительно котораго возбуждено преслѣдованіе, и потому неизвѣстно, обнимается ли преступленіе амнистіей, или нѣтъ, то примѣненіе амнистіи пріостанавливается до полнаго выясненія его характера. Прокуроръ разсылаетъ также копіи своего заявленія и постановленія обвинительной камеры окружнымъ судамъ и преторамъ. Если какой-либо обвиняемый или осужденный полагаетъ, что дѣяніе его обнимается амнистіей, между тѣмъ какъ генеральный прокуроръ не возбудилъ вопроса о немъ, то онъ можетъ въ теченіе шести мѣсяцевъ со времени опубликованія королевскаго декрета подавать просьбу въ обвинительную камеру, которая немедленно, по выслушаніи заключеній прокурора, дѣлаетъ постановленіе по этому вопросу. Если же декретъ ставитъ для примѣненія амнистіи какія-либо условія или обязательства, то лицо, желающее ею воспользоваться, должно въ теченіе срока, указаннаго въ декретѣ или, при отсутствіи таковаго, въ теченіе шести мѣсяцевъ со времени обнародованія амнистіи, обратиться въ обвинительную камеру округа, въ которомъ ведется его дѣло, чтобы получить разрѣшеніе. Объ этомъ разрѣшеніи суды должны быть извѣщены въ теченіе двухъ мѣсяцевъ (ст. 830 уст. угол. суд.).

Кассаціонная практика установила нѣсколько дальнѣйшихъ правилъ о примѣненіи амнистіи [1]). Такъ, по своему

---

[1]) Собраніе ея см. Lugi Luchini p. 113—115, 1040 и Repertorio generale di Giurisprudenza, bibliografia e legislazione, Foro Italiano. Anno 1902



существу, амнистія не можетъ имѣть силы по отношенію къ будущимъ преступленіямъ, однако она обнимаетъ и дѣянія, учиненныя въ день, обозначенный въ ея датѣ. Амнистія есть забвеніе, а забвеніе можетъ относиться только къ прошлому; въ этомъ она отличается отъ обыкновенныхъ законовъ, расчитанныхъ именно на будущее. Отказъ отъ амнистіи не допускается (касс. 17 янв. 1894, Tuozzi. p. 505). Какъ верховная милость, амнистія подлежитъ возможно болѣе широкому истолкованію—beneficium principis plenissime, quam interpretari debemus. Предѣлъ допустимости амнистіи, если она ограничена только наиболѣе легкими дѣяніями, опредѣляется размѣрами наказанія, грозящаго въ законѣ, а не дѣйствительно назначеннаго. Понятіе политическихъ преступленій при толкованіи амнистіи практика расширяетъ весьма значительно [1].

Къ Итальянской системѣ близко подходитъ и *Испанское* законодательство [2]. Оно (ст. 54 констит. 1876 г.) предоставляетъ королю право помилованія, подъ которымъ разумѣетъ помилованіе (perdão real), индульгенцію (indulto generale) и амнистію (amnistia). Декретомъ 7 декабря 1866 г. ст. 4 король отказался отъ примѣненія впредь indultos generales, вслѣдствіе допускавшихся здѣсь злоупотребленій. Различіе между двумя остальными формами доктрина проводитъ слѣдующимъ образомъ [3]. 1. Амнистія по существу есть законодательный актъ, хотя и осуществляется только королемъ, помилованіе же—актъ исполнительной власти. 2. Амнистія обща, помилованіе должно быть частнымъ. 3. Амнистія погашаетъ

Roma 1908. p. 34—39. Правила эти однородны съ принятыми во французской доктринѣ.

[1]) Наиболѣе широкія амнистіи были дарованы въ Италіи въ 1893 и 1900 гг. Вокругъ толкованія ихъ и сосредоточивается по преимуществу судебная практика.

[2]) Jose Rubio. Programa razionado de un curso de derecho penal. Madrid 1889. Также Strafgesetsgebung der Gegenwart изд. Guttentag B. I. Устарѣлыя данныя у Хартуляри. Право суда и помилованія 1899 стр. 71, 72.

[3]) Rubio, o. c. p. 547.



право преслѣдованія, суда и выполненія наказанія и всѣ уголовныя послѣдствія преступленія, помилованіе же—только право исполненія наказанія. 4. Амнистія не столько милость, сколько забвеніе преступленія; основаніемъ ея служитъ conveniencia general, не требующая наказанія вслѣдствіе измѣненія условій, которыя обыкновенно оправдываютъ его примѣненіе; помилованіе же не притязаетъ на общее значеніе основаній своего примѣненія [1]). Такимъ образомъ и испанское законодательство знаетъ амнистію, какъ самостоятельный правовой институтъ, сохраняя однако право изданія ея за королемъ.

Эту форму представляетъ намъ и большинство другихъ государствъ. Въ нихъ право амнистіи составляетъ прерогативу короны, лишь въ слабой степени регулированную дѣйствующими законами. Такъ въ *Португаліи* конституція 1826 г. ст. 74 п. 8 предоставляетъ королю даровать амнистію „въ необходимыхъ случаяхъ, когда того требуетъ чувство гуманности и благо государства" [2]). Въ *Греціи* (ст. 39 конституціи 1864 г.) „король имѣетъ право объявлять амнистію, но исключительно по политическимъ преступленіямъ и за отвѣтственностью министерства". Право короля на амнистію (кромѣ обвиненій министровъ) признано также въ *Даніи* (ст. 26 конституціи 1866 г.), *въ Румыніи* (но только по политическимъ дѣламъ; индивидуальная аболиція категорически воспрещена ст. 93 конституціи 1866 г.), и *въ Сербіи* (ст. 50 конституціи 1903 г.). Въ *Японіи* право амнистіи принадлежитъ императору (статья 16 Японск. констит. 1889 г.), въ *Турціи*—султану (*van der Berg* въ Strasgesetsgebung derGegenwart. S. 726) въ *Персіи*—шаху (*Хартулари* стр. 90).

---

[1]) Для примѣненія помилованія въ Испаніи требуется предварительное сношеніе съ судебнымъ мѣстомъ, постановившимъ приговоръ.

[2]) Предварительное обсужденіе вопроса въ палатахъ требуется лишь для помилованія министровъ, осужденныхъ за преступленія по должности: Ibid. п. 7. Совершенно неосновательныя свѣдѣнія у Хартуляри стр. 74. Отдѣльныя упоминанія о правѣ помилованія въ Португаліи см. Strafgesetsgebung der Gegenwart I, p. 548.

Наконецъ, *въ Швеціи* [1]) и *Норвегіи* [2]) мы не находимъ никакихъ ни законодательныхъ, ни практическихъ указаній о примѣненіи амнистіи.

Мы разсмотрѣли типическія формы амнистіи, стараясь проникнуть также и въ область примѣненія ихъ на практикѣ. Критической оцѣнкѣ этихъ формъ и установленію правовой конструкціи амнистіи будетъ посвящена вторая часть нашей работы.

(Окончаніе слѣдуетъ).

П. И. Люблинскій.

---

[1]) По ст. 25 Шведской конституціи королю принадлежитъ только право миловать уголовныхъ преступниковъ, отмѣнять смертную казнь, возстановлять въ правахъ и возвращать конфискованное имущество. Для ходатайствъ о помилованіи установленъ особый порядокъ. Они предварительно разсматриваются верховнымъ судомъ, а затѣмъ принимаются непремѣнно въ засѣданіи Государственнаго Совѣта, См. Uppström въ Strafgesetsgebung der Gegenwart. I S. 259.

[2]) Въ Норвегіи по конституціонному закону 28 іюня 1889 г. (ст. 20 конституціи) королю принадлежитъ только право помилованія преступниковъ послѣ того, какъ приговоръ надъ ними будетъ произнесенъ.

„ПРЕДѢЛЫ НАСЛѢДОВАНІЯ“ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ [1]).

Выступая впервые сегодня въ нашемъ университетѣ, я обращаюсь къ Вамъ, мм. гг., не безъ нѣкотораго естественнаго волненія. Это волненіе особенно сильно при мысли, что съ этой же каѳедры гражданскаго права раздавались голоса крупнѣйшихъ ученыхъ, людей съ историческимъ именемъ и огромными заслугами въ наукѣ. Достаточно вспомнить Константина Неволина, нашего маститаго и знаменитѣйшаго работника на поприщѣ русскаго гражданскаго права въ его прошломъ, и, затѣмъ, Дмитрія Ивановича Мейера, этого, по выраженію историка Петербургскаго университета, „перваго въ Россіи цивилиста въ истинномъ смыслѣ и одного изъ самыхъ благороднѣйшихъ людей, какихъ только видали на каѳедрахъ своихъ русскіе университеты“ [2]),—далѣе, Константина Дмитріевича Кавелина рѣдкаго русскаго юриста по оригинальности и ясности своей мысли, необыкновенно цѣннаго по реальности выводовъ и жизненному пониманію юридическихъ явленій. Назову еще лишь моего непосредственнаго предшественника, незабвеннаго Николая Львовича Дювернуа, юриста одинаково выдававшагося какъ яркостью своихъ блестящихъ дарованій, такъ и разносторонностью своего европейскаго образованія. Онъ въ равной мѣрѣ съ неоспоримымъ

---

[1]) Вступительная лекція, читанная въ С.-Петербургскомъ университетѣ 22 сентября 1906 года.

[2]) Григорьевъ, Императорскій С.-Петербургскій Университетъ въ теченіе первыхъ пятидесяти лѣтъ его существованія, стр. 157.



успѣхомъ подвизался въ области и римскаго и гражданскаго права. Восторженный почитатель классическихъ юристовъ древняго Рима и долголѣтній ученикъ корифеевъ германской романистики, Вангерова и Іеринга, Николай Львовичъ примѣнялъ излюбленные имъ методы къ разработкѣ гражданскаго и, спеціально, русскаго гражданскаго права. Въ своихъ „Чтеніяхъ", въ своемъ „Пособіи къ лекціямъ" онъ оставилъ намъ широко задуманный трудъ, къ несчастію, далеко не оконченный. Но и въ этомъ своемъ видѣ трудъ заключаетъ рядъ мастерскихъ очерковъ по гражданскому праву и въ особенности по его обработкѣ и литературѣ. И въ этомъ видѣ онъ способенъ служить краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ того, съ какой заботливостью, съ какимъ увлеченіемъ покойный относился къ преподаванію своего предмета, сколько онъ въ него вкладывалъ души и таланта. Въ завѣщанномъ намъ Николаемъ Львовичемъ чувствѣ любви къ родной наукѣ русскій цивилистъ, несомнѣнно, еще долго способенъ черпать настроеніе и силу. Въ частности и наши, гг., будущія бесѣды любовь эта, надѣюсь, немало согрѣетъ и одушевитъ, какъ и въ настоящую минуту она же бодритъ меня при обращеніи къ той темѣ, которую я намѣренъ сегодня предложить Вашему вниманію.

Къ числу самыхъ спорныхъ вопросовъ, самыхъ трудныхъ проблемъ гражданскаго права принадлежитъ вопросъ о наслѣдованіи. Ему удѣляли вниманіе, имъ занимались подолгу и настойчиво не только цивилисты и вообще юристы, но и соціологи и экономисты, моралисты и философы. Всѣ они нормамъ о наслѣдованіи придавали необыкновенное значеніе. Въ этихъ нормахъ усматривался настоящій показатель, точный, будто бы, термометръ цивилизаціи, степени культуры данной эпохи. Къ такому убѣжденію приводило наблюденіе тѣсной связи между правомъ наслѣдованія, съ одной, и строемъ рода, семьи и даже государства, съ другой стороны. Притомъ связь эта всегда признавалась взаимной: семья—это безъ дальнѣйшаго ясно—опредѣляла систему наслѣдованія,



ню и, обратно, тотъ или другой порядокъ наслѣдованія далеко не оставался безъ вліянія на самое семью и на государство. Въ періодъ первой французской революціи законодательство открыто стремится къ реформѣ семейнаго и общественнаго строя, между прочимъ, и путемъ перемѣнъ въ области наслѣдственнаго права: въ мотивахъ, рѣчахъ, преніяхъ,— словомъ, во всякаго рода законодательныхъ матеріалахъ того времени эти перемѣны обосновываются и отстаиваются, какъ могучее орудіе въ борьбѣ за торжество новаго міра, за идею демократіи, за принципъ равенства дѣтей. Точно также завоеватели не разъ на пространствѣ исторіи обращались къ наслѣдственному праву, ища въ немъ поддержки своимъ честолюбивымъ замысламъ. Такъ оно было уже въ древнѣйшей Индіи, о чемъ говорятъ законы Ману; такъ оно случилось и въ Англіи два столѣтія тому назадъ, когда парламентъ, съ цѣлью разложенія католической семьи въ Ирландіи, издалъ свой актъ о наслѣдованіи, коимъ установлялся обязательный раздѣлъ между сыновьями „паписта“, т. е. католика; не иначе на дѣло смотрѣлъ и Наполеонъ I, когда въ извѣстномъ, часто приводимомъ письмѣ къ своему брату Іосифу, тогдашнему Неаполитанскому королю, замѣчаетъ: „Введите у себя въ Неаполѣ Code civil: тогда будетъ скоро разрушено все то, что не захочетъ идти съ Вами, и, наоборотъ, укрѣпится все, что Вамъ угодно будетъ охранить“. И съ рѣдкой откровенностью Бонапартъ прибавляетъ: „Вотъ почему я проповѣдывалъ гражданскій кодексъ, вотъ что меня побудило ввести его...“

Въ виду несомнѣнной важности предмета, я считаю себя вправѣ ему посвятить мою первую лекцію въ Вашей средѣ. Предъ нами коренной вопросъ гражданскаго права. Къ искреннему только сожалѣнію моему, крайняя скудость времени, находящагося въ моемъ распоряженіи, вынуждаетъ меня ограничиться разсмотрѣніемъ не всего вопроса, а лишь небольшой его части, части, впрочемъ, существенной по своему значенію. Я хотѣлъ бы побесѣдовать, хотя въ общихъ чертахъ, о такъ наз. границахъ или предѣлахъ наслѣдованія,— точнѣе, наслѣдованія по закону. Я сейчасъ сказалъ: „о *такъ*

наз. границахъ“ и сказалъ это не безъ намѣренія. Вопросъ заключается въ слѣдующемъ. Въ отсутствіе завѣщанія или наслѣдственнаго договора, гдѣ таковой допускается, законодатель призываетъ къ наслѣдованію родственниковъ, кровныхъ родственниковъ покойнаго [1]). Спрашивается: долженъ ли тутъ законодатель принимать въ соображеніе всякаго родича, разъ онъ ближайшій, или, быть можетъ, нѣтъ, онъ этого не долженъ, и ему, напротивъ того, слѣдуетъ провести нѣкоторую черту, *за* которую призывъ къ наслѣдованію не простирается? Другими словами: должны ли, или не должны существовать такіе сравнительно дальніе родственники, которые не призываются наслѣдовать, несмотря на свое неоспоримое качество кровныхъ и вмѣстѣ съ тѣмъ ближайшихъ, въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, родичей? Или еще иначе и говоря совершенно конкретно: пусть ближайшій родственникъ покойнаго—троюродный братъ. Признавать ли его наслѣдникомъ? или не признавать? Но—быть можетъ, скажете Вы—если не признавать, тогда что же дѣлать съ наслѣдствомъ? То же самое—отвѣчу я—или приблизительно то же, что уже и теперь дѣлается при полномъ отсутствіи какихъ бы то ни было кровныхъ родственниковъ, когда наслѣдство объявляется выморочнымъ. Его тогда отдаютъ, необходимо отдать государству, городу, общинѣ, какому-нибудь учрежденію или фонду, преслѣдующему цѣли соціальныя, просвѣтительныя, филантропическія,—однимъ словомъ, въ томъ или другомъ видѣ необходимо отдать обществу, странѣ, народу. Однако, передача эта мнѣ представляется происходящею всегда согласно началамъ наслѣдованія: оставшееся послѣ смерти имущество будетъ и къ обществу переходить въ качествѣ именно наслѣдства, во всей своей совокупности, съ преемствомъ не только, положимъ, въ правѣ собственности и прочихъ вещныхъ правахъ, но и въ правахъ требованія, и съ отвѣтственностью—въ разумныхъ предѣлахъ—по обязательствамъ покойника,—короче, съ обычнымъ при наслѣдованіи сохраненіемъ правоотношеній, съ замѣною всего только, какъ

[1]) Пережившій супругъ мною при этомъ оставляется въ сторонѣ.



принято выражаться, одного правового субъекта, наслѣдодателя, другимъ, наслѣдникомъ. Но нетрудно видѣть, что при такихъ условіяхъ нѣтъ достаточнаго основанія говорить о предѣлахъ наслѣдованія тамъ, гдѣ какому-нибудь родственнику отказано въ призывѣ къ наслѣдованію, гдѣ ему предпочтена, допустимъ, община. Наслѣдованіе, частноправное же наслѣдованіе и здѣсь безусловно налицо; его не въ состояніи устранить то обстоятельство, что наслѣдникомъ выступаетъ не физическое и даже не юридическое лицо гражданскаго права, а публично-правовая единица, своего рода коллективность. Вотъ отчего, повторяю, я выразился: „*такъ наз.* предѣлы наслѣдованія“. Настоящихъ предѣловъ или границъ *наслѣдованія*, настаиваю, и здѣсь нѣтъ. Вопреки тому, что постоянно утверждается, здѣсь не болѣе какъ границы наслѣдованія *по крови*, наслѣдованія тѣхъ, кого мы зовемъ родственниками.

Намѣченный, такимъ образомъ, вопросъ находится въ близкой связи съ болѣе широкой и едва ли не важнѣйшей проблемой всего наслѣдственнаго права—съ вопросомъ объ *основаніи* наслѣдованія вообще. Подъ основаніемъ, терминомъ, употребляемымъ въ многообразныхъ значеніяхъ, я разумѣю основаніе въ юридико-философскомъ смыслѣ, въ смыслѣ *оправданія* наслѣдственнаго права, выясненія его raison d'être, обнаруженія его „идейности“. Итакъ, можетъ ли быть обосновано и оправдано наслѣдственное право? или точнѣе: заслуживаетъ ли защиты современная организація наслѣдованія въ ея основѣ, та организація, которою расширяется и укрѣпляется нынѣшняя система *частнаго* обладанія имуществами? [1]).

Вотъ вопросъ, отвѣтъ на который далеко не всѣми дается одинаковый и не всегда оказывается утвердительный. Современное наслѣдственное право не разъ называли „наслѣдственнымъ зломъ“ [2]), и еще недавно одинъ изъ видныхъ

---

[1]) Ср. Нечаева, „Право наслѣдственное“, въ Энциклопедическомъ словарѣ Брокгаузъ-Ефрона (XXIV-й стр. 899).

[2]) См., напримѣръ, Rülf, Das Erbrecht als Erbübel, 2 изд. 1896 г.

европейскихъ ученыхъ и сильныхъ мыслителей, Антонъ Менгеръ, характеризовалъ право наслѣдованія, какъ аристократическое установленіе, которое грѣшитъ противъ трудового начала, усиливаетъ имущественное неравенство и увеличиваетъ число обездоленныхъ. Изъ той же категоріи воззрѣній особенно памятно ученіе сенъ-симонистовъ, послѣдователей Сенъ-Симона, проповѣдывавшихъ полную отмѣну наслѣдованія частныхъ лицъ, при удержаніи въ то же время въ неприкосновенности частной собственности. „Каждому по его способности и каждой способности по ея дѣламъ, да не будетъ больше права наслѣдованія", такова, какъ извѣстно, громкая формула сенъ-симонизма.

Долженъ тутъ же указать, что я этого взгляда не раздѣляю и что, наоборотъ, мысль объ упраздненіи нашего наслѣдственноправового строя я считаю ошибочной, самое же упраздненіе признавалъ бы неосуществимымъ и во всякомъ случаѣ вреднымъ, если бы, паче чаянія, его удалось провести гдѣ-либо временно. Вмѣстѣ съ большинствомъ представителей экономической науки, я полагаю, что право наслѣдованія является могучимъ рычагомъ производства, важнымъ источникомъ національнаго благосостоянія и культуры. Не можетъ подлежать сомнѣнію, что именно право наслѣдованія служитъ энергичнѣйшимъ стимуломъ къ предпріимчивости, труду и бережливости. Кто не увѣренъ въ томъ, что послѣ его смерти имущество его получитъ назначеніе, согласное съ его распоряженіями, съ его волей и чувствами, тотъ, естественно, ограничиваетъ свою дѣятельность и сравнительно рано вступаетъ въ фазисъ только потребленія. Развѣ бы дѣло шло о людяхъ, которые проникнуты выдающимся альтруизмомъ и въ такой степени радѣютъ объ общей пользѣ, что по мѣрѣ силъ готовы работать и сберегать до гробовой доски, съ единственной цѣлью умереть въ сознаніи принесенной обществу пользы, исполненнаго предъ нимъ долга! Я глубоко убѣжденъ, что если бы подобный альтруизмъ оказался когда-либо присущимъ не отдѣльнымъ исключительнымъ личностямъ, а широкимъ массамъ, человѣчеству въ его цѣломъ, то наше право наслѣдованія, дѣйствительно, утра-

тило бы свой смыслъ, подлежало бы упраздненію. Но такое время, если ему и суждено наступить, конечно, еще весьма далеко. Игнорированіе именно этого обстоятельства, непониманіе психологіи современнаго человѣка и составляетъ основную ошибку сейчасъ упоминавшагося ученія сенъ-симонистовъ. Необходимо оставаться на реальной почвѣ. Пусть оно прискорбно, но главный двигатель въ жизни человѣка—это все еще интересъ. Устраните наслѣдованіе, оторвавъ его отъ права собственности, и этотъ интересъ съузится, онъ станетъ чисто личнымъ, обратится въ грубый эгоизмъ. Вы уничтожите въ человѣкѣ и тѣ альтруистическія побужденія, на которыя онъ пока-что только и способенъ, которыя среднему человѣку свойственны уже и въ переживаемую эпоху. Напротивъ того, при наличности наслѣдованія, нами руководитъ, правда, тоже интересъ, но этотъ интересъ здѣсь шире, выше. Мы тутъ работаемъ не только для себя, но и для людей намъ близкихъ, для дѣла намъ дорогого. Такимъ образомъ, максимумъ своей пользы, лучшую свою пользу собственность, право собственности приноситъ только въ связи съ правомъ наслѣдованія. И въ этомъ смыслѣ справедливо сказать, что наслѣдственное право—естественное дополненіе права собственности, что, подобно послѣднему, и оно „коренится въ глубочайшихъ свойствахъ человѣческаго духа“, что здѣсь заключается объясненіе и оправданіе наслѣдованія, какъ „всемірно-историческаго явленія“ [1]).

Однако, юристы и философы, въ большинствѣ случаевъ, выставляли теоріи иного рода, съ цѣлью обосновать то же право наслѣдованія. Эти теоріи очень разнообразны и подчасъ явно несостоятельны, то погрѣшая мистицизмомъ, то прямо извращая историческіе факты, то, наконецъ, скрывая въ себѣ недоразумѣніе насчетъ самаго thema probandi и т. п. Изъ всѣхъ этихъ попытокъ оправдать наслѣдственное право я коснусь лишь двухъ, болѣе удовлетворительныхъ. Юридическая мысль, по моему убѣжденію, и по настоящій день едва ли пошла дальше этихъ попытокъ, стремясь, главнымъ

[1]) Ср. Чичерина, Собственность и государство I, стр. 225.

образомъ, только связать одну съ другой, примирить ихъ между собой, отмежевать каждой изъ нихъ опредѣленную область. Я имѣю ввиду, съ одной стороны, начала, выработанныя Гегелевской философіей—заложенныя самимъ Гегелемъ и впослѣдствіи развитыя и смягченныя Шталемъ, а, съ другой, идеи школы естественнаго права 17-аго и 18-аго вѣковъ, отразившіяся на крупныхъ кодификаціяхъ, изъ коихъ нѣкоторыя и понынѣ еще дѣйствуютъ въ своемъ почти первоначальномъ видѣ,—на прусскомъ земскомъ правѣ, французскомъ гражданскомъ кодексѣ, на австрійскомъ гражданскомъ уложеніи и косвенно, вѣроятно, и на нашемъ томѣ X.

Уже Гуго Гроцій, названный, пусть даже не совсѣмъ точно, „отцомъ естественнаго права“, даетъ намъ обстоятельное разсужденіе на тему объ основахъ права наслѣдованія. Толкуя въ своемъ знаменитомъ трактатѣ „О правѣ войны и мира“, во второй его книгѣ, объ alienatio, т. е. отчужденіи, о правѣ отчуждать собственность, Гроцій замѣчаетъ, что это право обнимаетъ также право *завѣщать*. Дѣло въ томъ, развиваетъ онъ свою мысль, что возможно отчуждать свою вещь не только просто, безусловно, но и подъ условіемъ, и не только безвозвратно, но и съ правомъ отмѣны своего распоряженія, и даже такъ, что у лица отчуждающаго пока сохраняется владѣніе и полное пользованіе отчуждаемымъ имуществомъ. Но подобное отчужденіе на случай смерти, съ удержаніемъ для себя владѣнія и пользованія, а равно съ правомочіемъ отмѣнить свое распоряженіе и распорядиться тѣмъ же имуществомъ наново,—такое отчужденіе и есть завѣщаніе. Отсюда—разъ iure naturali допущены собственность и ея отчужденіе—вытекаетъ естественность и завѣщанія, и его происхожденіе изъ естественнаго права. Обращаясь, затѣмъ, къ наслѣдованію по закону, Гроцій и ему присваиваетъ естественноправовую природу. Когда, аргументируетъ онъ, человѣкъ умираетъ безъ завѣщанія, нѣтъ никакихъ данныхъ думать, будто онъ желалъ предоставить свое имущество первому встрѣчному, primo occupanti. Наоборотъ, это имущество, очевидно, должно быть отдано тому лицу, о

комъ съ наибольшей вѣроятностью можно сказать, что именно ему покойникъ и хотѣлъ имущество оставить. Такъ напримѣръ, и помимо какого бы то ни было положительнаго гражданскаго закона, ясно, что послѣ родителей должны наслѣдовать ихъ дѣти, предпочтительно предъ всѣми остальными. Ибо есть полное основаніе полагать, что отецъ и мать, которые на своихъ дѣтей смотрятъ, какъ на части собственнаго „я“, желали надѣлить и обезпечить возможно шире именно ихъ. За отсутствіемъ же дѣтей, наслѣдство надлежитъ присудить тому, который, опять-таки предположительно, былъ покойнику всего дороже (carissimus), а таковымъ, по Гроцію, слѣдуетъ всякій разъ считать ближайшаго родственника. Вообще, заключаетъ философъ, наслѣдованіе по закону—это не болѣе какъ молчаливое завѣщаніе, основанное на справедливыхъ предположеніяхъ о волѣ покойнаго.

На совершенно иной почвѣ стоитъ представитель абсолютнаго идеализма—Гегель. Уже то мѣсто, которое онъ отводитъ изложенію наслѣдованія въ своей „Философіи права“, въ высокой степени характерно. Разсматривая въ заключительной части своего труда рядъ общественныхъ союзовъ, въ которыхъ воплощается объективная нравственность, и въ томъ числѣ прежде всего *семью*, Гегель трактуетъ здѣсь и о наслѣдственномъ правѣ: ученіе о немъ входитъ въ ученіе о семейной собственности и о распаденіи семьи. Семейство, говоритъ Гегель, нуждается, какъ общее и продолжающееся лицо, въ постоянномъ и прочномъ имуществѣ. Это имущество, эта семейная собственность—собственность общая, такъ что ни одинъ членъ семьи отдѣльной собственностью обладать не въ состояніи: каждому принадлежитъ лишь доля въ общемъ имуществѣ. Въ этомъ отношеніи даже отецъ семейства мало чѣмъ отличается отъ всѣхъ прочихъ: индивидуальная собственность и по его адресу отрицается: кромѣ того же участія въ семейной массѣ, за нимъ признается еще только управленіе и распоряженіе общимъ имуществомъ. Но вотъ наступаетъ естественное распаденіе семьи, въ силу смерти родителей и особенно отца, мужа. Этотъ распадъ, въ отношеніе имущества, влечетъ за собою наслѣдованіе. По своему существу,

такимъ образомъ, наслѣдованіе—не иное что какъ вступленіе въ самостоятельное обладаніе семейнымъ, общимъ до того времени, имуществомъ. Правда, не безъ скорби добавляетъ Гегель, по мѣрѣ того какъ родство становится все болѣе далекимъ, какъ все болѣе, съ каждымъ новымъ бракомъ, прекращающимъ прежнія семейныя отношенія и создающимъ новыя, утрачивается сознаніе былого единства,—по мѣрѣ этого все слабѣетъ и тускнѣетъ также и указанный характеръ наслѣдованія. А параллельно съ этимъ явленіемъ выдвигается и крѣпнетъ индивидуально-личное усмотрѣніе. Послѣднее проявляется, между прочимъ, въ томъ, что на кругъ своихъ друзей и знакомыхъ человѣкъ привыкаетъ смотрѣть, какъ на свою семью, и, соотвѣтственно, призываетъ этихъ друзей и знакомыхъ къ наслѣдованію. Такъ получается завѣщаніе. Но, продолжаетъ Гегель, и образованіе подобнаго круга людей и, въ особенности, завѣщаніе заключаютъ въ себѣ столько случайнаго. столько произвола, корысти и т. п., что нравственное начало здѣсь серьезно страдаетъ. Необходимо, кромѣ того, помнить, что если завѣщательному распоряженію присвоивается сила, то это объясняется еще и тѣми чувствами любви и уваженія, которыя семья питаетъ къ волѣ своего покойнаго сочлена. Но, взятая сама по себѣ, эта воля не можетъ быть возведена въ основаніе завѣщательнаго права.

На той же точкѣ зрѣнія, очевидно, стоитъ въ общемъ и Шталь, когда утверждаетъ, что наслѣдованіе—это продуктъ связей семейныхъ и особенно связей родительскихъ, а наслѣдство—лишь выраженіе этихъ связей; что безъ наслѣдованія по закону не могло бы быть и наслѣдованія по завѣщанію, такъ какъ завѣщаніе только служитъ либо ближайшимъ опредѣленіемъ, либо суррогатомъ наслѣдованія законнаго. А потому и природу завѣщанія слѣдуетъ видѣть не въ свободномъ распоряженіи собственностью, а въ подражаніи семьѣ, въ расширеніи естественныхъ узъ, подобно тому какъ это наблюдается при усыновленіи.

Сейчасъ изложенныя ученія—естественно-правовое и Гегелевское—не только существенно отличны одно отъ другого.

Легко убѣдиться, что они другъ другу прямо, діаметрально, можно сказать, противоположны. Въ самомъ дѣлѣ: здѣсь, у Гегеля, основаніемъ наслѣдственнаго права является семья и кровное родство, тамъ, у Гроція, воля—явная или подразумѣваемая—наслѣдодателя;—тамъ во главу угла ставится наслѣдованіе завѣщательное, оно—наслѣдованіе и главнѣйшее и нормальное; здѣсь, наоборотъ, первое и естественное мѣсто отводится наслѣдованію по закону, завѣщаніе же въ лучшемъ случаѣ только терпится, какъ неизбѣжное зло;—тамъ наслѣдованіе по закону требуетъ дополнительнаго объясненія и находитъ его въ той искусственной презумціи, въ той фикціи, что законные наслѣдники вмѣстѣ съ тѣмъ—друзья, кровные друзья, на которыхъ покойный остановилъ свой любвеобильный взоръ; здѣсь затрудненіе создается наслѣдованіемъ по завѣщанію, изъ каковаго затрудненія пытаются выйти при помощи опять-таки искусственнаго соображенія, будто путемъ завѣщанія расширяется естественная семья,—словомъ, тамъ кровные родственники, чтобы спасти свое качество наслѣдниковъ, обязательно превращаются въ друзей; здѣсь друзьямъ и знакомцамъ удается уцѣлѣть въ завѣщаніи только цѣною обращенія въ людей близкихъ непремѣнно по крови.

Таковы эти воззрѣнія, таково ихъ отношеніе другъ къ другу. Въ дальнѣйшее ихъ разсмотрѣніе я, впрочемъ, входить не стану. Какъ ни поучителенъ въ данномъ случаѣ критическій разборъ и, между прочимъ, какъ ни способенъ онъ, по моему мнѣнію, развѣнчать въ значительнѣйшей ея части теорію Гегеля, въ настоящее время едва ли не господствующую въ германской, а вслѣдъ за нею и въ русской юридической литературѣ,—но все же я долженъ отказаться отъ искушенія произвести анализъ и сравнительную оцѣнку нашихъ двухъ ученій. Не имѣю къ тому ни возможности, ни необходимости. Съ одной стороны, мнѣ этого не позволяютъ размѣры моей лекціи, а, съ другой, это не вызывается тою цѣлью, въ тѣсномъ единеніи съ которой я обратилъ Ваше вниманіе на предложенныя попытки обосновать наслѣдованіе. Пусть вообще предпочтеніе одного обоснованія другому чревато послѣдствіями—напомню хотя бы объ обширной области

такъ наз. необходимаго наслѣдованія—,но въ примѣненіи къ главному предмету и конечной цѣли моего сегодняшняго разсужденія, къ вопросу о границахъ наслѣдованія, различіе теорій Гроція и Гегеля не сказывается. Въ занимающемъ насъ вопросѣ обѣ теоріи приводятъ къ одному и тому же, правильному и желательному, результату, находясь въ рѣдкомъ согласіи какъ между собою, такъ и съ тѣмъ обоснованіемъ наслѣдственнаго права, которое мною было развито на первомъ мѣстѣ.

Что касается, прежде всего, естественноправовой школы, то совершенно ясно, что съ ея точки зрѣнія справедливо допускать къ наслѣдованію по закону лишь ближайшихъ кровныхъ родственниковъ. Не касаясь пережившаго супруга (этого, конечно, и не родственника), выдѣляя, затѣмъ, родичей по прямой линіи, права коихъ на наслѣдованіе болѣе или менѣе твердо установлены, почти не оспариваются и во всякомъ случаѣ мною здѣсь не станутъ подвергаться обсужденію,— за выдѣленіемъ, говорю, нисходящихъ и восходящихъ, можно допустить наслѣдовать только самое незначительное число родичей, въ лицѣ самыхъ близкихъ *боковыхъ* родственниковъ. И понятно, почему такъ. Если наслѣдованіе по закону основано на предположительной волѣ наслѣдодателя, то очевидно, что у пятиюродныхъ, напримѣръ, братьевъ, сестеръ, племянниковъ, тетокъ и т. п. нѣтъ никакого права на это наслѣдованіе: о нихъ, которыхъ покойный, быть можетъ, не зналъ даже по имени, которые, въ свою очередь, его не знали, о немъ не заботились и не безпокоились,—объ этихъ лицахъ онъ, наслѣдодатель, безспорно, не думалъ. А становясь на почву защищаемаго мною оправданія наслѣдованія въ настоящемъ, резонно прибавить: и, несомнѣнно, не мыслью объ этихъ родичахъ, объ ихъ будущей жизни и лучшемъ ея устроеніи покойный воодушевлялся на работу, побуждался къ сбереженіямъ и, кто знаетъ, лишеніямъ. Но точно также и ученіе, кладущее въ основу семью, и оно не говоритъ въ пользу болѣе дальнихъ родственниковъ, какъ законныхъ наслѣдниковъ. Уже Гегель, какъ мы видѣли, отмѣтилъ ослабленіе семейной общности и ея сознанія по мѣрѣ отдаленія степе-

ней родства. Значительно дальше пошли его современные послѣдователи: они настойчиво подчеркиваютъ этотъ моментъ ослабленія и дѣлаютъ тотъ выводъ, что гдѣ семейной общности и вовсе нѣтъ, гдѣ сознаніе ея погасло, тамъ не можетъ быть мѣста и наслѣдованію по закону. Но въ настоящее время кругъ семьи сильно съуженъ. Если вдуматься въ условія нашего вѣка, если принять въ разсчетъ все растущую даже среди родичей дифференціацію въ дѣлѣ образованія, взглядовъ, интересовъ, требованій, соціальнаго положенія и т. д. и т. д., то должно признать, что прежней широкой семьи болѣе не существуетъ. О ней, какъ о многомъ другомъ, что унесено потокомъ времени, можно сожалѣть, но съ фактомъ остается считаться. А фактъ такой: семья и семейная общность— реальность, а не миѳъ лишь въ ближайшихъ двухъ, много, трехъ степеняхъ родства. Въ наши дни тѣсная родственная и нравственная связь отсутствуетъ, по общему правилу, уже между двоюродными братьями и сестрами: ихъ часто очень много, нерѣдко они другъ другу совершенно чужіе люди. Уже здѣсь, слѣдовательно, не говоря о дальнѣйшихъ степеняхъ родства, на мой взглядъ, не можетъ быть наслѣдованія по закону. Въ общемъ для него нельзя бы найти оправданіе; въ особыхъ же, исключительныхъ, случаяхъ, когда требуемая связь оказывается налицо и между данными родичами, спасительный коррективъ можетъ быть всегда найденъ въ завѣщаніи.

Въ пользу того же ограниченія законнаго наслѣдованія говоритъ еще то обстоятельство, что вмѣстѣ съ утратою прежняго семейнаго единства и чувства, утратились, соотвѣтственно, и семейныя обязанности. А безъ обязанностей нѣтъ или не должно быть и правъ, въ томъ числѣ правъ наслѣдованія. Нѣкогда семья несла обязанности защиты и опеки, матеріальнаго поддержанія и воспитанія своихъ, даже отдаленнѣйшихъ, членовъ. Нынѣ съ семьей эти обязанности раздѣляютъ государство и община, порою въ данномъ отношеніи совсѣмъ вытѣснившія и замѣнившія семью. Семейная организація не играетъ болѣе своей давнишней роли первостепеннаго фактора общественной жизни. Она уступила ее другимъ общественноправовымъ организаціямъ и элементамъ,

связь съ которыми у насъ становится все болѣе близкая, все болѣе живая и отрадная. При такихъ условіяхъ только послѣдовательно и справедливо, чтобы къ этимъ элементамъ перешли и нѣкоторыя правомочія старинной семьи, между прочимъ, въ дѣлѣ наслѣдованія по закону.

Если теперь обратиться къ современнымъ законодательствамъ и посмотрѣть, насколько содержащіяся въ нихъ нормы отвѣчаютъ сейчасъ сказанному, то нельзя не прійти къ выводамъ мало утѣшительнымъ.

Одни кодексы совсѣмъ не знаютъ ограниченія степеней родства, о которомъ идетъ рѣчь. Къ нимъ, прежде всего, должно отнести новое германское гражданское уложеніе. Законодатель тутъ принялъ за образецъ нѣкоторыя партикулярныя кодификаціи той же Германіи—прусскій ландрехтъ, саксонское уложеніе. Онъ допустилъ неограниченность круга родичей, введённую Юстиніаномъ въ худшій періодъ римско-правового творчества, въ періодъ, собственно, уже византійскій. Но онъ при этомъ забылъ не только объ единодушномъ требованіи нѣмецкаго общества, но забылъ и о томъ, что римскому же праву, въ другую, болѣе счастливую, пору его историческаго развитія, что праву преторскому были хорошо извѣстны границы круга родственниковъ, какъ законныхъ наслѣдниковъ; онъ, наконецъ, забылъ и то, что трактуемые предѣлы испоконъ вѣка и вплоть до самой рецепціи были типичны для самого германскаго права. Творцы уложенія намъ говорятъ, что они стремились укрѣпить семью, усилить семейное чувство. Какъ будто возможно къ *одной* семьѣ относить и наслѣдодателя и того, кого нѣмецкій же народъ мѣтко называетъ „веселымъ наслѣдникомъ", „lachender Erbe"! какъ будто усиленія заслуживаетъ „семейное" чувство, въ первый разъ пробуждающееся тогда, когда на горизонтѣ показывается наслѣдство!—Къ числу тѣхъ же печальныхъ въ изслѣдуемомъ отношеніи законодательствъ принадлежитъ и нашъ т. X. Что и тутъ исторія порою гласила иначе, что древнему русскому праву призваніе кровныхъ родственниковъ in infinitum вообще свойственно не было, что еще въ 16-омъ вѣкѣ изъ боковыхъ призывалось только „ближнее племя",—все это мнѣ представляется весьма вѣроятнымъ.

Другія законодательства, правда, знаютъ ограниченіе степеней допускаемыхъ къ наслѣдованію родственниковъ, но оно всюду недостаточное, временами, пожалуй, лишь принципіальнаго свойства, скорѣе, теоретическое и платоническое, нежели практическое и дѣйствительное. Такъ, французскій code civil не разрѣшаетъ наслѣдовать боковымъ родственникамъ дальше 12-ой, а подражающій ему итальянскій кодексъ—дальше 10-ой степени. Шестиюродные братья въ одномъ правѣ и пятиюродные въ другомъ еще, стало быть, наслѣдуютъ. Австрійское гражданское уложеніе ограничиваетъ тотъ же кругъ линіями, парентелами или разрядами и признаетъ наслѣдниками всѣхъ родственниковъ въ предѣлахъ шести разрядовъ. Трудно себѣ представить всю массу правомѣрныхъ претендентовъ на наслѣдство по австрійскому праву. Все потомство моихъ прапрапрадѣда и прапрапрабабки идетъ въ счетъ. Тридцать два восходящихъ 5-ой степени съ сотнями лицъ, отъ нихъ происходящихъ,—всѣ они или, точнѣе, любой изъ нихъ можетъ оказаться моимъ наслѣдникомъ! Сравнительно лучше новое испанское уложеніе, не простирающее своей заботливости о боковыхъ родственникахъ дальше 6-ой степени, и, затѣмъ, проекты уложеній венгерскаго и швейцарскаго, изъ коихъ первый считается съ четырьмя, а послѣдній, главнѣйшимъ образомъ, съ тремя парентелами, по примѣру законодательства цюрихскаго кантона. Повторяю: они лучше, много лучше, однако, и они еще далеко не удовлетворительны. Но что же сказать о нашемъ русскомъ Проектѣ будущаго гражданскаго уложенія, который, въ первой редакціи, воспроизводитъ всѣ шесть разрядовъ австрійскаго уложенія, допуская ихъ къ законному наслѣдованію? Что это значитъ, мы сейчасъ видѣли. Такое возвращеніе къ началу 19-аго вѣка дѣйствуетъ прямо удручающимъ образомъ. Вспомнимъ, что прототипомъ въ данномъ отношеніи тотъ же австрійскій кодексъ послужилъ еще для „Проекта Гражданскаго Уложенія Россійской Имперіи“ 1809—1814 гг., проекта Сперанскаго, который постановляетъ: „Дальше... шестой линіи побочныхъ наслѣдство не отыскивается“ (ч. II § 153). Но то было безъ малаго сто лѣтъ тому назадъ. Редакторы нашего нынѣшняго

проекта оправдываются въ томъ, что они не признаютъ права наслѣдованія за всѣми родственниками, всѣми безъ исключенія. Здѣсь кроется недоразумѣніе. Оправдываться или, лучше пытаться оправдаться—хотя и безуспѣшно—нужно было, но только не въ этомъ, а въ обратномъ: въ томъ, что ограниченіе вышло фиктивное или почти фиктивное. Въ окончательной редакціи, впрочемъ, Проектъ отбрасываетъ одинъ разрядъ наслѣдниковъ, но—увы!—все потомство всѣхъ шестнадцати моихъ прапрадѣдовъ и прапрабабки онъ попрежнему ревниво охраняетъ, какъ неприкосновенный контингентъ наслѣдниковъ.

Повторяю: въ цѣломъ картина безотрадная!

А между тѣмъ кому дѣйствительно нуженъ этотъ порядокъ вещей? и для чего онъ поддерживается? Для того ли, чтобы на наслѣдство все болѣе укоренялся взглядъ, какъ на незаслуженное, случайное, лотереѣ подобное пріобрѣтеніе? чтобы заводились агентуры по розыскиванію наслѣдниковъ и отысканію наслѣдствъ? чтобы происходили огромные, чудовищные, длящіеся десятилѣтіями процессы, въ родѣ недавнихъ процессовъ разныхъ Скирмунтовъ, Пироцкихъ и друг. у насъ въ Россіи, когда гг. повѣренные съ энергіей, достойною лучшей задачи, выбиваются изъ силъ въ своемъ стремленіи отстоять преимущественныя права своихъ вѣрителей, родственниковъ фантастическихъ степеней? Для того ли это совершается, чтобы вся нравственно неприглядная и нездоровая обстановка порождала соблазнъ, содѣйствовала деморализаціи? чтобы все болѣе расходились между собою положительное право и отправленіе правосудія, съ одной, правовое чувство, правосознаніе народа, съ другой стороны? Настаиваю: кому и чему это нужно? Очевидно, не *собственникамъ*, ибо право собственности здѣсь ровно ни при чемъ, и страхи объ его ослабленіи или колебаніи къ нашему вопросу никакого касательства не имѣютъ. *Семьѣ* нынѣшняя нормировка дѣла, мы въ этомъ могли убѣдиться, точно также не надобна—по крайней мѣрѣ, семьѣ настоящей, жизненной, а не той семьѣ, которая исчезла давно и почти безслѣдно съ ея безвозвратно пережитыми и составомъ и функціями.

Нѣтъ, въ пользу существующаго порядка не представить ничего, кромѣ одного лишь неуклоннаго и слѣпого проведенія чисто механическаго начала происхожденія и крови, при полномъ, подчеркиваю, пренебреженіи къ моментамъ и духовнымъ, и экономическимъ. Тотъ фактъ, что въ жилахъ людей можетъ быть доказана наличность одной и той же крови, пусть даже въ безконечно слабой степени, въ любомъ, такъ сказать, разжиженіи,—этотъ фактъ все перевѣшиваетъ. Гомеопатическая доза общей крови призвана замѣнить ближайшую родственную связь двухъ людей, дѣлившихъ другъ съ другомъ и радости и печали. Для меня ясно, что такое право наслѣдованія, въ роли лишеннаго смысла pretium sanguinis, грубо погрѣшаетъ противъ своей современной природы и задачи и тѣмъ самымъ порождаетъ и укрѣпляетъ сомнѣніе въ своей обоснованности, куетъ оружіе противъ самого же себя.

Все это непредвзятому наблюдателю должно казаться дотого простымъ и понятнымъ, что мнѣ сейчасъ почти совѣстно было развивать свою мысль. Но къ тому вынуждаетъ рядъ обстоятельствъ: и констатированное нами неудовлетворительное состояніе положительнаго закона, и безусловно недостаточные, чрезмѣрно робкіе шаги, задуманные въ упоминавшихся проектахъ, и тотъ, напримѣръ, фактъ, что во французской палатѣ депутатовъ въ послѣдніе годы было сдѣлано около двухъ десятковъ предложеній, клонившихся къ измѣненію уже знакомой намъ статьи (755) code'а, допускающей законное наслѣдованіе до 12-ой степени включительно. Изъ этихъ предложеній, весьма разнообразныхъ, нерѣдко болѣе чѣмъ скромныхъ, ни одно пока не увѣнчалось успѣхомъ. Не могу умолчать и о томъ, что имя писателямъ, требовавшимъ защищаемой мною реформы,—легіонъ, что, начиная Іереміей Бентамомъ и основателемъ исторической школы въ правовѣдѣніи, Густавомъ Гуго, черезъ весь 19-ый вѣкъ тянется длинный рядъ протестовъ противъ безграничности наслѣдованія по закону. Среди протестантовъ, отмѣтимъ и это, можно бы назвать немало лицъ съ направленіемъ, несомнѣнно, консервативнымъ, лицъ, безспорно, стоящихъ на почвѣ нашего современнаго капиталистическаго хозяйства. Къ законо-

дателю взывали и понынѣ взываютъ во имя мирнаго развитія соціальныхъ отношеній, во имя соціальной солидарности. Указываютъ не только обѣщаемую реформой матеріальную выгоду—пріобрѣтеніе государствомъ или общиною въ свое распоряженіе свободныхъ милліоновъ. Нѣтъ, выдвигаютъ тотъ, на мой взглядъ, несравненно болѣе важный доводъ, что проповѣдуемое нововведеніе способно оздоровить гражданско-правовую атмосферу и стать, такимъ образомъ, реформою нравственной („une véritable réforme morale", говорятъ французы [1]); что, разсуждая цивильно-политически, гораздо правильнѣе „напоминать наслѣдодателю объ его связи съ государствомъ, городомъ и т. п. и съ общими цѣлями культуры, чѣмъ навязывать ему, въ лицѣ отдаленнаго родственника, случайнаго и безразличнаго наслѣдника" [2]).

Сила этихъ соображеній до сихъ поръ не побѣдила... И тѣмъ не менѣе, при всей скорби, я не прихожу въ уныніе, не теряю надежды на близкое осуществленіе и даннаго правового и нравственнаго постулата. Припоминаю, что и другой реформѣ, весьма близкой къ обсуждаемой,—введенію налога съ наслѣдства, пришлось выдержать упорную борьбу, что противъ нея весьма рѣшительно высказывались величайшіе авторитеты экономической и финансовой науки, что еще не такъ давно въ законодательныхъ учрежденіяхъ налогъ отвергался, какъ „порожденный лживыми ученіями столѣтія" [3]). Излишне прибавлять, что нынѣ вопросъ серьезно ставится только о томъ, не расширить ли данный налогъ, уже и теперь широко распространенный, на каковой вопросъ и правительства въ настоящее время, кажется, болѣе чѣмъ склонны отвѣтить утвердительно. Далѣе. Давно ли съ упорствомъ отклонялось требованіе отмѣны такъ называемаго личнаго задержанія за долги, другими словами, требованіе отмѣны лишенія свободы за неисполненіе чисто гражданскоправовыхъ обязательствъ? Въ русской литературѣ еще надняхъ вспо-

---

[1]) См., напримѣръ, Bigallet, De l'hérédité collatérale, стр. 49.
[2]) Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen II, стр. 490.
[3]) См. Львова, Налогъ съ наслѣдства I, стр. 8.



миналось по этому поводу, какъ небезъизвѣстный французскій юристъ Тролонъ, защищая старый порядокъ, пугалъ тѣмъ, что новый, т. е. отмѣна задержанія за долги, означаетъ возвращеніе къ идолопоклонству. „Будемъ остерегаться“, писалъ онъ, „вторичнаго обожествленія человѣка, дѣлая его жизнь и свободу столь же священными, какъ жизнь и свободу какого-то божества. Языческое идолопоклонство было плодомъ невѣжества, новое же явится результатомъ необузданнаго высокомѣрія, окрашеннаго въ фальшивые цвѣта философіи и гуманности“ [1]). И что́ же? развѣ не въ той же Франціи наступила въ 1867 году окончательная и совершенная отмѣна личнаго задержанія за долги по всѣмъ дѣламъ гражданскимъ и торговымъ?! И т. д. и т. д. Подобныхъ примѣровъ можно бы еще указать много, но едва ли это нужно. И приведенныхъ достаточно для иллюстраціи того, можно сказать, труизма, что не разъ положенія, которыя въ извѣстное время считались несообразными, въ болѣе поздній и зрѣлый періодъ получали признаніе, какъ вполнѣ разумныя требованія законодательной политики. Эта элементарнѣйшая истина, естественно, находитъ примѣненіе и въ гражданскомъ и, въ частности, наслѣдственномъ правѣ. Ибо ни гражданское право вообще, ни, въ отдѣльности, право наслѣдованія не должны и не могутъ представлять изъ себя инертную, застывшую массу. „Нѣкогда“, учитъ французскій цивилистъ Лоранъ, „страшились всякой перемѣны въ законахъ. Въ этомъ, конечно, заключается заблужденіе старины. Разъ жизнь идетъ впередъ, какъ же допустить неизмѣнность права, которое, вѣдь, не иное что, какъ выраженіе той же жизни?“ [2]). Юридическіе институты—такъ приблизительно говоритъ нѣмецкій романистъ Баронъ—принимаются нами не потому только, что они намъ завѣщаны, но и потому, что мы убѣждены въ ихъ правильности. Намъ нужны институты, которые управляли бы нами не внѣшней, формальной своей обязательностью, а си-

---

[1]) См. Гасмана въ Ж. М. Ю. 1906, кн. 6, стр. 1.

[2]) Laurent, Principes de droit civil français V[4] n° 529.

лою внутренней лежащей въ нихъ идеи, институты, которые способны дать удовлетвореніе нашей мысли, влить миръ и покой въ наши души" [1]). Вы согласитесь, гг., что съ этими положеніями, очевидно, никакъ не мирилась бы неподвижность и своего рода омертвѣлость нашего частноправового организма....

Я, собственно, кончилъ. Къ сказанному мнѣ бы хотѣлось только прибавить пару словъ. Въ началѣ своей бесѣды я старался доказать свое право на посвященіе ея вопросу о наслѣдованіи. Мнѣ думалось, что нѣтъ необходимости вести рѣчь во вступительной лекціи непремѣнно объ опредѣленіи и задачахъ данной науки, объ ея методахъ и пріемахъ. Но возможно, что я ошибся. Не желая подчиниться—какъ мнѣ казалось, шаблону, я, пожалуй, нарушилъ традицію, почтенную традицію. На этотъ случай да будетъ мнѣ позволено упомянуть объ одномъ смягчающемъ мою вину обстоятельствѣ. О содержаніи науки гражданскаго права и ея методахъ, я, правда, не говорилъ сегодня, а тѣмъ не менѣе надѣюсь, что именно съ этой точки зрѣнія моя лекція не совсѣмъ была безполезна. Она могла уяснить, что мы, цивилисты, вопреки нѣкоторому все еще существующему на этотъ счетъ мнѣнію,—далеко не всегда казуисты и даже не всегда заняты однимъ только конструированіемъ; что гражданское правовѣдѣніе отнюдь не исчерпывается догматикой, и, далѣе, что наука гражданскаго права находится въ тѣснѣйшей связи и живомъ взаимодѣйствіи не только съ исторіей и исторіей права, но и съ философіей, науками экономическими и политическими. Въ укрѣпленіи и углубленіи этой связи я и вижу залогъ успѣха, усматриваю важнѣйшее средство вывести гражданское право и цивилистику на широкій и свѣтлый путь всесторонняго, жизненнаго развитія и плодотворнаго служенія человѣку и обществу.

М. Я. Пергаментъ.

---

[1]) J. Baron, Angriffe auf das Erbrecht, стр. 81.



ШАНТАЖЪ И МѢРЫ БОРЬБЫ СЪ НИМЪ [1]).

I.

Кто знакомъ съ западно-европейской жизнью, тому извѣстно, каковы размѣры зла, причиняемаго дѣятельностью шантажистовъ. Обязанный своимъ происхожденіемъ влеченію людей къ легкой наживѣ за счетъ ближняго, шантажъ, благопріятствуемый условіями кипучей общественной и промышленной жизни Запада, успѣлъ пустить тамъ глубокіе корни и представляетъ серьезную угрозу спокойствію и карману мирныхъ обывателей. Въ печать неоднократно проскальзывали свѣдѣнія объ организаціи въ Старомъ и Новомъ Свѣтѣ этого небезвыгоднаго „ремесла". Мы знаемъ, напримѣръ,

---

[1]) Русская литература о шантажѣ не можетъ считаться особенно обширной. Въ настоящей работѣ мы имѣли въ виду, помимо разбора понятія шантажа въ спеціальныхъ курсахъ уголовнаго права И. Я. Фойницкаго, Н. А. Неклюдова и др., еще статьи г. Баженова „Шантажъ, какъ уголовное преступленіе" („Юридич. Вѣстникъ", 1878 г., II, стр. 191—207; III, стр. 342—354) и С. Соловьева „Шантажъ", стр. 67—92, въ „Журналѣ Мин. Юстиціи" 1899 г. № 6. Наконецъ, мы пользовались матеріалами, содержащимися въ VII томѣ „Объясненій къ Проекту Уголовнаго Уложенія Редакціонной Коммисіи" (стр. 521—532). Сверхъ того, см. „Bulletin de la Commission Pénitentiaire Internationale" за 1899 г.—доклады г.г. Ch. Felton (стр. 519—532) и Ludwig Fuld (стр. 533—548) въ Livraison IV; тамъ же за 1900 г.—доклады г.г. Gaëtan Aubéry (стр. 863—873) въ Livraison III, G. Tarde (стр. 505—516) и A. Berlet (стр. 569—576) въ Livraison IV, A. Typaldo-Bassia (стр. 741—752), Г. Евангуловъ (стр. 753—760) и Ch. Thuriet (стр. 761—774) въ Livraison V. Остальные матеріалы указаны въ текстѣ нашей работы.



что тамъ имѣется цѣлый классъ людей, кормящихся этимъ грязнымъ путемъ. Въ Америкѣ же скандальные секреты продаются, какъ товаръ, по опредѣленной таксѣ, а въ Нью-Іоркѣ существуютъ даже конторы и спеціальныя агентства для собиранія подобныхъ секретовъ. То же самое надо сказать и о Парижѣ, гдѣ шантажисты, помимо стройной организаціи, имѣютъ даже свою тайную полицію, отыскивающую годныя для „эксплоатаціи" тайны состоятельныхъ лицъ.

Изъ своего западно-европейскаго гнѣзда шантажъ появился и у насъ. Необходимостью считаться съ этимъ темнымъ спутникомъ современности объясняется внесеніе составителями новаго Уголовнаго Уложенія понятія шантажа въ его карательныя постановленія. Такимъ образомъ и для Россіи вопросъ о борьбѣ съ шантажемъ пріобрѣтаетъ не только теоретическій, но и практическій интересъ.

При разсмотрѣніи вопроса о шантажѣ необходимо, прежде всего, остановиться на опредѣленіи положенія группы дѣяній, объединяемыхъ понятіемъ *„шантажа"*, въ нашемъ законодательствѣ. При этомъ подлежатъ разрѣшенію слѣдующіе, болѣе частные, вопросы: 1) предусмотрѣнъ ли шантажъ дѣйствующими уголовными законами? 2) если шантажъ отдѣльно не предусматривается, то не объединяется ли онъ дѣйствующимъ правомъ съ понятіемъ вымогательства? и, наконецъ, 3) существуетъ ли между понятіями вымогательства и шантажа столь глубокое и коренное различіе, которое заставляло бы законодателя выдѣлять дѣянія шантажа въ особую группу преступныхъ посягательствъ?

На первый вопросъ приходится отвѣтить отрицательно: ни Уложеніе о наказаніяхъ, ни Мировой Уставъ не знаютъ шантажа, какъ особаго преступнаго посягательства. Однако жизнь выдвигала случаи, когда становилось необходимымъ считаться съ этимъ дѣтищемъ новѣйшаго времени и нашей судебной практикѣ. Какъ она поступала въ такихъ случаяхъ? Правительствующій Сенатъ въ своихъ рѣшеніяхъ по дѣламъ Соколовскаго [1]) и Мельмана [2]) отнесъ случаи шантажа къ мошенничеству.

[1]) Рѣш. уголов. кассац. деп. 1871 г. за № 91.
[2]) Рѣш. уголов. кассац. деп. 1871 г. за № 712.



Такая точка зрѣнія, однако, въ настоящее время едва ли можетъ быть отстаиваема. По вѣрному замѣчанію Н. А. Неклюдова [1]), между мошенничествомъ и шантажемъ имѣется только одно общее, а именно: оба они направлены къ похищенію чужой собственности; но при мошенничествѣ лицо уступаетъ имущество подъ вліяніемъ заблужденія или обмана, думая, что оно дѣйствуетъ въ своихъ имущественныхъ интересахъ; напротивъ, *при шантажѣ угрожаемый сознаетъ и самъ невыгодность и противозаконность требованій и соглашается на нихъ только потому, что желаетъ избѣгнуть того зла, которымъ грозитъ ему посягатель.* Мало того, нельзя, по мнѣнію Неклюдова, приравнять шантажъ къ мошенничеству и по аналогіи, такъ какъ шантажъ аналогиченъ съ угрозою и не имѣетъ ничего общаго съ мошенничествомъ. Разъ корыстная угроза убійствомъ преслѣдуется только по жалобѣ потерпѣвшаго, было бы по меньшей мѣрѣ безсмысленно преслѣдовать ex officio такую же угрозу оглашеніемъ какого-нибудь пошлаго событія.

Наконецъ, непреступность шантажа по русскому праву слѣдуетъ еще и изъ того, что: 1) разъ законъ не считаетъ преступленіемъ вымогательство путемъ стращанія не поименованными въ законѣ преступными дѣйствіями, тѣмъ болѣе нельзя считать наказуемымъ вымогательство страхомъ такихъ дѣйствій, учиненіе которыхъ не является по закону, ни преступленіемъ, ни проступкомъ; 2) при составленіи Уложенія 1845 г. понятія шантажа еще не существовало и въ западноевропейскихъ законодательствахъ; съ 1845 же года шантажъ у насъ не санкціонированъ никакимъ новымъ закономъ, за исключеніемъ новаго уголовнаго уложенія, еще не получившаго силы закона дѣйствующаго.

Что касается второго вопроса, то для отвѣта на него необходимо предварительно познакомиться съ основными чертами, характеризующими понятія *„вымогательства“* и *„шантажа“* въ современныхъ законодательствахъ.

Корыстное посягательство на чужія имущественныя права

---

[1]) „Руководство особенной части русскаго уголовнаго права“, СПБ. 1887 г.



можетъ и не сопровождаться захватомъ какой-либо конкретной вещи виновнымъ: эта вещь уступается самимъ потерпѣвшимъ, котораго къ этому вынуждаютъ обманъ или принужденіе со стороны виновнаго; затѣмъ посягательство на чужое имущество можетъ имѣть цѣлью не какую-либо опредѣленную вещь, а чужое имущество вообще. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о преступныхъ дѣйствіяхъ, направленныхъ противъ свободы договорныхъ отношеній, какъ основанія правовой имущественной сферы вообще; здѣсь дѣйствіе виновнаго является средствомъ принужденія потерпѣвшаго ко вступленію въ какой-либо договоръ по имуществу, къ уступкѣ права по имуществу, ко вступленію въ обязательство или прекращенію его[1]). Но свобода договорныхъ отношеній можетъ быть нарушена двоякимъ образомъ: *обманомъ и принужденіемъ*. Результатомъ принужденія въ гражданско-правовой сферѣ является *недѣйствительность изъявленной воли*.

Такъ какъ западно-европейскіе кодексы считаютъ объектомъ вымогательства не только права и обязательства по имуществу, но и движимыя имущества *in corpore*, то въ нихъ вымогательство имущества сливается съ понятіемъ насильственнаго похищенія; разница между грабежомъ и вымогательствомъ проводится, главнымъ образомъ, на основаніи способа дѣятельности.

Французское право знаетъ слѣдующіе виды вымогательства: 1) *extorsion*—принужденіе путемъ насилія (физическаго или психическаго) къ выдачѣ подписи на имущественномъ обязательствѣ; 2) *chantage*—вымогательство имущества или подписи на обязательствѣ по имуществу путемъ угрозы (письменной или устной) позорящихъ оглашеній или разоблаченій (à l'aide de la menace de révélations ou d'imputations diffamatoires); понятіе шантажа создано закономъ 1863 г.; 3) *concussion*—должностное вымогательство путемъ злоупотребленія должностнымъ положеніемъ.

Германское уголовное уложеніе даетъ весьма широкое

---

[1]) Объяснительная Записка къ Проекту Уголовнаго Уложенія, т. VII, стр. 363 и далѣе.



опредѣленіе понятія вымогательства, какъ корыстнаго принужденія путемъ какихъ-либо насилія или угрозы къ дѣйствію, страданію или упущенію. Такимъ образомъ въ это общее понятіе вымогательства входитъ и шантажъ; но должностное вымогательство приравнивается къ лихоимству. Будучи въ главнѣйшихъ своихъ постановленіяхъ о вымогательствѣ сходно съ германскимъ уложеніемъ, венгерское уголовное уложеніе даетъ, помимо общаго понятія о вымогательствѣ, правила о примѣненіи его и къ шантажу.

Наше право знаетъ лишь вымогательство въ области формальныхъ письменныхъ договоровъ и создаетъ особыя преступныя дѣянія изъ принужденія и попытки принужденія внѣ этой области [1]).

Согласно конструкціи новаго уголовнаго уложенія, вымогательство: 1) есть корыстное имущественное посягательство и 2) оно составляетъ особый видъ принужденія. Какъ корыстное имущественное посягательство, вымогательство состоитъ въ причиненіи потерпѣвшему имущественнаго вреда, который выражается въ уступкѣ имъ права по какому-бы то ни было имуществу или въ отказѣ отъ такого права, въ принятіи имъ на себя какого бы то ни было обязательства по имуществу или во вступленіи въ такое обязательство, а на сторонѣ виновнаго или иного лица, въ пользу котораго онъ дѣйствовалъ, въ полученіи имущественной выгоды [2]).

Что касается *противозаконности* имущественной выгоды при вымогательствѣ, то это условіе предполагается новымъ уголовнымъ уложеніемъ само собою, согласно его общей части, а потому оно особо не оговаривается, какъ въ нѣкоторыхъ иностранныхъ кодексахъ [3]).

Какъ особый видъ принужденія, имущественное вымогательство должно отвѣчать условіямъ, требуемымъ новымъ уложеніемъ отъ наказуемаго принужденія. Помимо общихъ условій, для вымогательства требуются и особенныя: оно—

---

[1]) Напр., 1546 ст. Уложенія о наказ.

[2]) Объяснительная записка, loc. cit., стр. 365 и далѣе.

[3]) Германскій § 253; венгерскій § 350; голландскій ст. 317.

принужденіе къ отказу *только отъ имущественнаго права* или къ принятію на себя обязательства *по имуществу;* оно—принужденіе не всякимъ насиліемъ или угрозою, а только—тѣлеснымъ поврежденіемъ въ смыслѣ новаго уложенія, насиліемъ надъ личностью или наказуемою угрозою въ томъ же смыслѣ.

Вымогательство считается совершившимся лишь съ момента воспослѣдованія уступки права по имуществу, отказа отъ такого права или принятія на себя потерпѣвшимъ обязательства по имуществу.

II.

Спеціальныя постановленія о шантажѣ начинаютъ появляться съ 1863 года, именно — во Франціи, когда коммисія, которая разсматривала проектъ уголовнаго уложенія, обратила свое вниманіе на преступныя посягательства, обнимаемыя понятіемъ шантажа. До того французская практика относила шантажъ къ вымогательству посредствомъ силы, насилія надъ личностью или принужденія, подписи на документѣ или передачи документа, акта, удостовѣренія или иной бумаги, содержащихъ или порождающихъ обязательство, распоряженіе или отказъ отъ права.

Мотивировка закона о шантажѣ, появившагося въ 1863 году, настолько любопытна, что съ нею необходимо ознакомиться для выясненія юридической природы этого дѣянія.

Среди разнообразныхъ видовъ вымогательствъ особенное вниманіе обращаетъ на себя вымогательство путемъ не физическаго, а моральнаго принужденія. Подъ вліяніемъ случая, неосторожной довѣрчивости или иныхъ обстоятельствъ, въ руки нѣкоторыхъ личностей попадаютъ тайны, отъ которыхъ находятся въ зависимости нерѣдко не только честь и спокойствіе гражданъ, миръ домашняго очага, но и возможность общественнаго скандала. Пользуясь знаніемъ такихъ тайнъ, нѣкоторые негодяи путемъ угрозы ихъ оглашенія вымогаютъ извѣстныя денежныя суммы за молчаніе. Случается, что эти

лица и не знаютъ ничего компрометтирующаго про человѣка, выбраннаго ими своей жертвой; но различными махинаціями имъ удается поставить его въ подозрительное, трудно объяснимое положеніе, причемъ на это лицо ложится какъ бы тѣнь чего-то безчестнаго. Такимъ положеніемъ лица они и пользуются, грозя оглашеніемъ подобныхъ кажущихся „уклоненій отъ долга чести“, если имъ не будетъ заплочено за воздержаніе отъ клеветы.

Отсюда мы видимъ, насколько тонки и деликатны отношенія, съ которыми имѣетъ дѣло шантажъ; отсюда понятны и тѣ затрудненія, съ которыми приходится считаться при опредѣленіи состава этого преступленія.

Въ самомъ дѣлѣ, лицо X., допустимъ, знаетъ, что угрожаемое разоблаченіе о его прошломъ — завѣдомая клевета. Казалось бы, не проще ли было бы ему обратиться къ суду, чтобы заставить замолчать клеветниковъ. Но здѣсь и наталкиваешься на главное затрудненіе. Положимъ, что X—у удалось побѣдоносно опровергнуть гнусныя обвиненія и выйти обѣленнымъ съ юридической и даже нравственной точки зрѣнія изъ залы суда. Но . . . . клевета сдѣлала свое дѣло; она пущена въ обращеніе и незамѣтно повредила въ общественномъ мнѣніи репутаціи X. Онъ возвращается въ свой кругъ знакомыхъ и замѣчаетъ, на первый взглядъ—ничтожную, перемѣну въ отношеніяхъ къ нему. Бывшіе друзья или тщательно его избѣгаютъ, или вступаютъ съ нимъ въ сношенія такъ осторожно, словно опасаются скомпрометтировать себя знакомствомъ съ нимъ. Мало-по-малу вокругъ X—а создается атмосфера подозрительности и недовѣрія, глубоко оскорбительная для его нравственнаго достоинства. Догадки, неосновательные намеки — превращаются въ устахъ легкомысленной, любящей пройтись на счетъ ближняго, толпы знакомыхъ, сослуживцевъ, въ „несомнѣнные“, засвидѣтельствованные факты, о которыхъ даже фарисейски просятъ не распространяться, чтобы не повредить „бѣдному“ господину X. Такимъ образомъ, хотя словами судебнаго приговора торжественно подтверждена неосновательность клеветы на г. X., на самомъ дѣлѣ этого приговора уже не существуетъ, его

приходится считать *pro non scripto*; его успѣлъ замѣнить приговоръ толпы, къ которой не только не легко, но и не всегда удобно апеллировать. Проходитъ немного времени и вотъ въ одинъ прекрасный день начальникъ г. X—а (допустимъ, что X.—лицо служащее, семейное) приглашаетъ его къ себѣ въ кабинетъ и, послѣ длиннаго предисловія, разныхъ намёковъ на „разстроенное здоровье" г. X., требующее „отдыха" отъ службы и т. д., предлагаетъ ему подать прошеніе объ отставкѣ. Нравственно разбитый, оскорбленный до глубины души, г. X. возвращается домой, не будучи еще въ состояніи самъ себѣ дать отчетъ, какъ все это произошло, какими таинственными путями разрослась, окрѣпла и опутала его своими невидимыми нитями пущенная о немъ сплетня. А дома жена дѣлаетъ ему сцены (нельзя требовать героизма отъ женъ!), указывая на ихъ бѣдственное положеніе, грозящую нужду, осыпая его упреками за то, что онъ не съумѣлъ спасти чести семьи, дѣлая, въ порывѣ вспыхнувшаго гнѣва, въ свою очередь, быть можетъ, намеки, что, должно быть, не все же было такъ неосновательно въ клеветѣ, если всѣ такъ быстро перемѣнились къ мужу. Что долженъ испытывать г. X.? Черезъ какое горнило утонченныхъ нравственныхъ терзаній долженъ онъ пройти? Не проще ли было во время сунуть требуемую негодяями сумму, чтобы подкосить сплетню въ самомъ корнѣ и не вредить своему положенію въ обществѣ?

Конечно, многіе и многіе задумаются, прежде чѣмъ обратиться въ подобныхъ случаяхъ къ суду и предпочтутъ пойти на компромиссы вмѣсто риска подорвать свою репутацію. Это прекрасно сознаютъ ловкіе негодяи и умѣло пользуются затруднительностью положенія своей жертвы. Ясно, что законодателю приходится имѣть здѣсь дѣло съ крайне своеобразною группою отношеній, требующею спеціальныхъ постановленій.

Итакъ, при шантажѣ можно угрожать оглашеніемъ или *истинныхъ фактовъ* или *фактовъ вымышленныхъ*. Французская коммисія, разбиравшая вопросъ о шантажѣ, остановилась, прежде всего, на анализѣ его юридической природы.

По мнѣнію этой коммисіи, шантажъ—не мошенничество въ смыслѣ 405 ст. Code Penal, такъ какъ обманщикъ прибѣгаетъ къ убѣжденію и разнымъ уловкамъ, путемъ которыхъ порождаются иллюзіи, создаются неосновательныя опасенія или мнимыя надежды. Шантажъ нельзя считать и угрозой въ смыслѣ 305 ст. С. Р., такъ какъ подобная угроза имѣетъ цѣлью добиться своего путемъ возбужденія страха физическаго насилія. Цѣль шантажа—полученіе денегъ путемъ воздѣйствія на волю жертвы страхомъ вѣроятнаго и серьезнаго зла. Съ этой точки зрѣнія шантажъ—видъ вымогательства; здѣсь зло угрожаетъ не личности физической непосредственно, а—ея репутаціи и чести; это—насиліе не физическое, а моральное. Отсюда и опредѣленіе шантажа, какъ *вымогательства или покушенія на вымогательство, посредствомъ устной или письменной угрозы позорящихъ оглашеній или разоблаченій, передать денежныя суммы или цѣнности, или подписать, или передать документъ, содержащій или создающій обязательство, распоряженіе или уступку права.*

Изъ иностранныхъ кодексовъ, въ бельгійскомъ и германскомъ не имѣется особыхъ постановленій о шантажѣ въ виду предположенія, что къ шантажу примѣнимы общія постановленія о вымогательствѣ, причемъ это понятіе опредѣляется весьма широко. Согласно art. 470 бельгійскаго кодекса, вымогательствомъ считаются всѣ насильственныя дѣйствія и угрозы, путемъ коихъ виновный принудилъ жертву передать какія-либо цѣнности, подписать или передать документъ, содержащій или создающій обязательство, распоряженіе или уступку чего-либо. Очевидно, это опредѣленіе охватываетъ собою и шантажъ.

§ 253 германскаго уголовнаго уложенія опредѣляетъ вымогательство, какъ корыстное принужденіе путемъ насилія и угрозы къ дѣйствію, бездѣйствію или упущенію, не упоминая особо о шантажѣ.

Другіе кодексы (голланд. 318 ст.; венгерск. § 351) содержатъ особыя постановленія о шантажѣ.

Къ этому послѣднему направленію примкнула и наша коммисія, создавшая новое уголовное уложеніе. По ея мнѣ-

нію, хотя шантажистъ и достигаетъ своихъ преступныхъ цѣлей путемъ угрозы и дѣяніе его, слѣдовательно, является принужденіемъ, но угроза его существенно разнится отъ той, которая, по конструкціи этого уложенія, устанавливаетъ понятіе насильственнаго похищенія и вымогательства. При вымогательствѣ принуждаемому грозится зломъ, имъ невызваннымъ; угроза при шантажѣ обусловлена „виновностью или неосмотрительностью самого принуждаемаго или одного изъ членовъ его семьи“. Наконецъ, угроза вымогательства (и разбоя) принуждаетъ потерпѣвшаго страхомъ такого дѣянія, которое, будь оно учинено, составило бы преступленіе или проступокъ; напротивъ, осуществленіе того, чѣмъ грозитъ шантажистъ, въ большинствѣ случаевъ не преступно, а иногда даже похвально (напр., заявленіе власти о преступномъ дѣяніи). По этимъ соображеніямъ, коммисія полагала необходимымъ рѣзко отграничить шантажъ и наказывать его значительно слабѣе, чѣмъ вымогательство имущества путемъ насилія надъ личностью или наказуемой угрозы. Съ этой цѣлью постановленіе о шантажѣ помѣщено въ главу о наказуемой недобросовѣстности.

Соображеніе редакціонной коммисіи о томъ, что *вымогатель* угрожаетъ принуждаемому зломъ, имъ не вызваннымъ, тогда какъ *шантажистъ* грозитъ зломъ, обусловленнымъ ви-новностью или неосмотрительностью самого принужденнаг или одного изъ членовъ его семьи, не заслуживаетъ внима-нія главнымъ образомъ потому, что на самомъ дѣлѣ эт *виновность* и *неосмотрительность* и при шантажѣ встрѣ-чается вовсе не часто, проявляясь лишь въ тѣхъ немногих случаяхъ, когда принуждаемому грозятъ разоблаченіемъ пр-ступнаго дѣянія, имъ дѣйствительно совершеннаго, диффа-маціей, оглашеніемъ тайны и т. д.

Такимъ образомъ „виновность и неосмотрительность“ при-нужденнаго при шантажѣ есть признакъ случайный, кото-рый едва ли можно причислить къ особенностямъ, отлича-щимъ шантажъ отъ вымогательства.

Если же это такъ, то тѣмъ самымъ отпадаетъ одно изъ осн-ваній, по которымъ коммисія помѣстила постановленіе о шанта-

въ главу о наказуемой недобросовѣстности по имуществу. Такимъ путемъ коммисія желала рѣзче отграничить шантажъ отъ вымогательства имущества посредствомъ насилія надъ личностью или наказуемой угрозы.

Однако связь между вымогательствомъ и шантажемъ не настолько ничтожна, чтобы можно было, не нарушая стройности юридической структуры новаго уголовнаго уложенія, переносить шантажъ изъ одной главы въ другую. Необходимо имѣть въ виду то, что основной моментъ—*психическое насиліе надъ личностью путемъ угрозы въ цѣляхъ корыстныхъ*—въ вымогательствѣ и шантажѣ одинъ и тотъ же, а потому было бы послѣдовательнѣе помѣстить оба преступныхъ посягательства въ одной главѣ.

III.

Существенное различіе между вымогательствомъ и шантажемъ, позволяющее смотрѣть на шантажъ, какъ на *delictum sui generis*, заключается именно *въ свойствахъ угрозы* при этихъ преступныхъ посягательствахъ.

Уже въ западно-европейскихъ уголовныхъ законодательствахъ, сходящихся въ признаніи шантажа однимъ изъ видовъ вымогательства, весьма различно опредѣляются форма и содержаніе угрожаемаго оглашенія. Постановленія французскаго и голландскаго кодексовъ включаютъ въ понятіе шантажа не только принужденіе путемъ угрозы оглашенія въ печати фактовъ (истинныхъ или ложныхъ), касающихся чести, но и принужденіе къ выдачѣ имущества или уступкѣ права на имущество путемъ оглашенія тѣхъ же фактовъ инымъ способомъ (напр., открытіе тайны мужу и т. д.), путемъ оглашенія фактовъ, не касающихся чести, но обнаруженіе которыхъ представляется крайне нежелательнымъ для угрожаемаго. Венгерское уложеніе, напротивъ, замыкаетъ наказуемый шантажъ случаями первой категоріи (угроза оглашеніемъ въ печати).

Что касается точки зрѣнія редакціонной коммисіи, составлявшей проектъ новаго уголовнаго уложенія, то сходство

съ иностранными кодексами заключается здѣсь въ признаніи наиболѣе опасною форму шантажа путемъ угрозы печатнымъ оглашеніемъ. Однако, съ той же точки зрѣнія, и угрозы оглашеніемъ письменнымъ и устнымъ могутъ оказаться весьма дѣйствительнымъ средствомъ побужденія къ выдачѣ имущества или обязательства по имуществу. Отсюда—запрещеніе угрозы оглашенія тайны одному лицу, угрозы доноса или сообщенія начальству и т. д. Наказаніе усиливается въ случаѣ такъ называемаго *литературнаго шантажа*, подъ которымъ понимаютъ тѣ случаи, когда кто-либо, будучи издателемъ, редакторомъ или сотрудникомъ повременнаго изданія, употребилъ во зло свою профессію, грозя оглашеніемъ какого-либо нежелательнаго принуждаемому факта въ своемъ изданіи.

Находя, что было бы слишкомъ широко наказывать угрозу оглашеніемъ всякаго безчестнаго факта, главнымъ образомъ—въ виду недостаточной опредѣлительности понятій честнаго и безчестнаго, коммисія первоначально ограничила преступный шантажъ угрозою оглашеніемъ: 1) *свѣдѣній объ учиненіи принуждаемымъ или членомъ его семьи дѣянія, наказуемаго, какъ преступленіе или проступокъ*, и 2) *свѣдѣній объ обстоятельствѣ, позорящемъ женскую честь принужденной или честь женщины, принадлежащей къ семьѣ принужденнаго.*

Однако, такая постановка вопроса о шантажѣ вызвала многочисленныя и справедливыя возраженія. Указывали (сенаторъ В. А. Андреевъ и проф. Будзинскій) на то, что при ней не ограждается неприкосновенность правъ лицъ мужского пола, тогда какъ и для нихъ угроза оглашеніемъ позорящихъ обстоятельствъ можетъ быть столь же опасною въ дѣйствительности, какъ и угроза относительно женской чести. По словамъ К. К. Арсеньева, ставъ на точку зрѣнія коммисіи, пришлось бы признать ненаказуемой угрозу огласить спокойно перенесенную обиду, отказъ обиженнаго отъ поединка, если эта угроза направлена противъ офицера; точно также ненаказуемой оказалась бы угроза огласить безнравственный поступокъ (не въ уголовномъ смыслѣ), если она направлена противъ жениха, за нѣсколько дней до свадьбы.

„Не всякій вымыселъ легко разоблачить, не всякое ложное обвиненіе легко опровергнуть. Иногда обстоятельства слагаются такъ, что впечатлѣніе отъ огласки неминуемо и почти непоправимо должно быть неблагопріятнымъ для лица, на самомъ дѣлѣ ни въ чемъ рѣшительно неповиннаго... Неужели такой поступокъ менѣе преступенъ, менѣе отвратителенъ, чѣмъ угроза огласить дѣйствительно состоявшійся судебный приговоръ? Перевѣсъ злой воли, какъ и перевѣсъ объективнаго вреда, очевидно, на сторонѣ того дѣянія, которое редакціонная коммисія предлагаетъ оставить за чертою уголовнаго уложенія“ [1]).

Подъ вліяніемъ этихъ замѣчаній, поступившихъ въ коммисію, объемъ преступнаго шантажа былъ расширенъ включеніемъ угрозы оглашенія: 1) обстоятельствъ, позорящихъ, вообще, честь угрожаемаго или члена его семьи и 2) свѣдѣній объ учиненіи угрожаемымъ или членомъ его семьи дѣянія, наказуемаго, какъ преступленіе или проступокъ.

Остановимся на основной формѣ шантажа—угрозѣ оглашеніемъ обстоятельствъ, позорящихъ честь угрожаемаго или члена его семьи. Само по себѣ взятое, оглашеніе позорящихъ обстоятельствъ есть дѣяніе преступное, направленное противъ личности. Стремясь лишить данную личность добраго имени, оглашающій наноситъ этой личности оскорбленіе. Весь вопросъ здѣсь практически сводится къ предѣламъ, въ которыхъ легально допустимо оглашеніе. Эти предѣлы устанавливаются различно, въ зависимости отъ того, отдается ли предпочтеніе интересамъ личной неприкосновенности или общественной критики [2]). Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ *диффамаціей* и *клеветой*. Оба эти дѣянія предусмотрѣны нашими дѣйствующими уголовными законами [3]). При шантажѣ эта угроза оглашеніемъ позорящаго обстоятельства получаетъ спеціальное значеніе средства побужденія намѣченной жертвы къ уступкѣ права по имуществу или выдачѣ обязательства по имуществу.

[1]) Сводъ замѣчаній, т. V, стр. 142.

[2]) И. Я. Фойницкій. Особ. часть уголов. права, стр. 118 и далѣе.

[3]) Ст. 136 мир. устава и ст.ст. 1039, 1535—1539 улож. о наказ.

Въ литературѣ было высказано мнѣніе, что, если шантажистъ исторгнетъ у кого-нибудь какое-либо имущественное право посредствомъ угрозы оглашеніемъ позорящаго обстоятельства,—въ этомъ случаѣ разницы между вымогательствомъ и шантажемъ не будетъ. Это мнѣніе, высказанное г. Соловьевымъ [1]), не выдерживаетъ и снисходительной критики. Возражая противъ мотивовъ, которыми руководствовалась коммисія при выдѣленіи понятія шантажа изъ понятія вымогательства, г. Соловьевъ не считается съ юридической терминологіей проекта уголовнаго уложенія и тѣмъ значеніемъ, которое придается проектомъ „наказуемой угрозѣ", „оглашенію позорящихъ обстоятельствъ" и т. д. Такимъ путемъ несомнѣнно трудно было придти къ сколько-нибудь надежнымъ выводамъ и весь споръ съ составителями новаго уголовнаго уложенія по поводу конструкціи шантажа становится безплоднымъ. Начать хотя бы съ того, что подъ *вымогательствомъ* коммисія понимаетъ не всякое принужденіе какимъ бы то ни было насиліемъ угрозою, а принужденіе угрозою насилія надъ личностью или тѣлеснаго поврежденія. Поэтому, развивая свою точку зрѣнія на соотношеніе вымогательства и шантажа, составители новаго уголовнаго уложенія имѣли полное основаніе сказать, что душевное состояніе, вызываемое въ потерпѣвшемъ дѣятельностью шантажиста, не вполнѣ соотвѣтствуетъ понятію принужденія въ томъ грубомъ его смыслѣ, какимъ оно бываетъ при вымогательныхъ угрозахъ. Наличность принужденія во многихъ случаяхъ при шантажѣ было бы крайне трудно установить; здѣсь имѣешь дѣло скорѣе съ побужденіями на почвѣ злоупотребленія неблагопріятно для потерпѣвшаго сложившимися обстоятельствами.

Такимъ образомъ нисколько не противорѣчитъ основнымъ положеніямъ новаго уголовнаго уложенія и принятое его составителями опредѣленіе шантажа, согласно которому *шантажъ есть умышленное, съ цѣлью доставленія себѣ или*

---

[1]) С. Соловьевъ. „Шантажъ" (въ „Журналѣ Мин. Юст.", 1899 г., № 6 стр. 78)



другому противозаконной имущественной выгоды, во вредъ потерпѣвшему, побужденіе его, посредствомъ угрозы оглашеніемъ вымышленныхъ или истинныхъ свѣдѣній объ обстоятельствѣ, позорящемъ честь потерпѣвшаго или члена его семьи, хотя бы и умершаго, или объ учиненіи ими дѣянія, наказуемаго, какъ тяжкое преступленіе или преступленіе, къ передачѣ имущества, къ уступкѣ права на имущество или ко вступленію въ иную невыгодную сдѣлку по имуществу.

Этимъ длиннымъ и нѣсколько неуклюжимъ опредѣленіемъ понятія шантажа устанавливаются, однако, совершенно точно рамки его. Стремясь найти противорѣчія въ постановленіяхъ проекта о шантажѣ, г. Соловьевъ долженъ былъ бы доказать наличность пробѣловъ въ понятіяхъ, въ ихъ взаимоотношеніи, указать на неправильное приложеніе юридическихъ понятій, *устанавливаемыхъ проектомъ*. На самомъ дѣлѣ мы ничего подобнаго не находимъ въ его статьѣ. Съ другой стороны, и составители новаго уголовнаго уложенія согласились бы, вѣроятно, съ г. Соловьевымъ, что шантажъ есть вымогательство, разъ понятію угрозы будетъ дано то широкое значеніе, которое дано ему въ разбираемой статьѣ. Поэтому нельзя не признать напрасной ссылку г. Соловьева, въ подтвержденіе его взглядовъ на шантажъ, на французское и германское законодательства. По мнѣнію г. Соловьева, его точка зрѣнія раздѣляется упомянутыми законодательствами. Въ основѣ этого мнѣнія лежитъ, однако, недоразумѣніе. Прежде всего, во французскомъ кодексѣ, согласно закону 1863 г., подъ шантажемъ понимается *специальный видъ* вымогательства, а именно—вымогательство имущества или подписи на обязательствѣ по имуществу путемъ устной или письменной угрозы позорящихъ оглашеній или разоблаченій. Что касается германскаго уголовнаго уложенія, то, хотя въ немъ понятіе шантажа и сливается съ понятіемъ вымогательства, однако подобное сліяніе явилось логическимъ послѣдствіемъ чрезвычайно широкаго опредѣленія понятія вымогательства, какъ корыстнаго принужденія путемъ какихъ-либо насилія или угрозы къ дѣйствію, страданію или упущенію. Но признаніе шантажа однимъ изъ

видовъ вымогательства не исключаетъ еще признанія особенностей шантажа, заключающихся въ свойствахъ угрозы при немъ и позволяющихъ считать его въ ряду другихъ вымогательствъ преступленіемъ *sui generis*.

Второй видъ шантажа заключается въ угрозѣ огласить объ учиненіи принуждаемымъ или членомъ его семьи дѣянія, наказуемаго, какъ преступленіе или проступокъ. Здѣсь, въ свою очередь, могутъ быть два случая: 1) шантажистъ можетъ угрожать заявленіемъ власти о преступленіи намѣченной жертвы или члена его семьи, якобы ими учиненномъ, на самомъ же дѣлѣ—не имѣвшемъ мѣста; 2) угроза можетъ заключаться въ заявленіи власти о дѣяніи преступномъ и, притомъ, дѣйствительно учиненномъ. Въ первомъ случаѣ шантажистъ грозитъ ложнымъ доносомъ; во второмъ—дѣяніе шантажиста можетъ оказаться съ точки зрѣнія дѣйствующихъ законовъ даже похвальнымъ. О второмъ случаѣ ограничимся здѣсь указаніемъ, что редакціонная коммисія не сочла возможнымъ наказывать доносчика о государственномъ преступленіи, какъ шантажиста, хотя бы онъ донесъ вслѣдствіе отказа купить его молчаніе. Здѣсь коммисія, очевидно, руководствовалась правиломъ: *salus publica suprema lex esto*.

Наконецъ, шантажъ можетъ заключаться въ угрозѣ оглашенія тайны, чего иногда бываетъ достаточнымъ для достиженія преступной цѣли, если грозятъ оглашеніемъ тайнъ, которыя могутъ повредить или чести принуждаемаго лица или его достоинству.

Форма угрозы въ шантажѣ безразлична; это—вопросъ факта, а не права. Такимъ образомъ угрожать можно: а) словами, б) письменно (за подписью или анонимно) и в) воочію или заочно. Заочная угроза не менѣе дѣйствительна, чѣмъ непосредственная, если виновный избраннымъ путемъ достигъ намѣченной цѣли.

Что касается отдѣльныхъ моментовъ осуществленія преступной воли при шантажѣ, то послѣдній почитается *оконченнымъ*, когда потерпѣвшій былъ дѣйствительно принужденъ къ выдачѣ виновному имущества; при этомъ безразлично, совершено ли было или нѣтъ угрожаемое оглашеніе, извлекъ

или не извлекъ виновный какія-либо выгоды изъ полученнаго имущества. *Покушеніе* начинается съ момента обращенія угрозы къ принуждаемому.

Внутренняя сторона шантажа предполагаетъ: 1) наличность корыстной цѣли и 2) умышленность дѣйствій виновнаго. Корыстная цѣль проявляется въ стремленіи добиться имущественной выгоды въ ущербъ принуждаемому. Умышленность предполагаетъ сознаніе виновнымъ противозаконности совершаемаго.

Въ дѣйствующихъ отечественныхъ уголовныхъ законахъ не только не предусматривается шантажъ, какъ отдѣльное преступленіе, но онъ не объединяется въ нашихъ уголовныхъ законахъ и съ понятіемъ вымогательства. Дѣло въ томъ, что, согласно ст.ст. 1545—1548 уложенія о наказаніяхъ, законъ подъ угрозою съ вымогательствомъ понимаетъ похищеніе чужого имущества и пріобрѣтеніе имущественныхъ правъ стращаніемъ, непосредственно или заочно, будущимъ зломъ, а именно: *лишеніемъ жизни*, *поджогомъ* или *насильственнымъ дѣйствіемъ*. Между тѣмъ, какъ вѣрно указываетъ Н. А. Неклюдовъ, шантажъ въ отличіе отъ угрозы съ вымогательствомъ есть вымогательство чужого имущества или чужихъ имущественныхъ правъ путемъ угрозы такими дѣяніями, учиненіе которыхъ не запрещается подъ страхомъ наказанія или, хотя и запрещается, но не наказывается, въ случаѣ угроженія ими съ корыстными цѣлями, какъ угроза съ вымогательствомъ. Ни подъ одну изъ указываемыхъ уложеніемъ наказуемыхъ угрозъ шантажъ не подходитъ. Какъ справедливо замѣчаетъ г. И. Баженовъ, по уложенію изданія 1857 года понятіе объ угрозѣ было даже шире, чѣмъ теперь [1]): ст. 2114 знала угрозу побоями, тѣлесными поврежденіями, насиліемъ и ущербомъ или вредомъ въ имуществѣ. Однако и подъ это понятіе угрозы не подойдетъ ни одинъ изъ случаевъ шантажа. Отъ прошенія же милостыни „съ наглостью и дерзостью" [2]) шан-

---

[1]) Ив. Баженовъ „Шантажъ, какъ уголовное преступленіе" въ Юридич. Вѣстникѣ за 1878, кн. II и III.

[2]) Ст. 50 устава о наказ.

тажъ существенно отличается тѣмъ, что просящій милостыню требуетъ пособія *безъ всякаго эквивалента*; въ шантажѣ же мы видимъ настоящій торгъ: продается обѣщаніе молчать, требуются имущественныя цѣнности.

Итакъ не можетъ болѣе подлежать сомнѣнію необходимость включенія преступленія шантажа въ систему дѣйствующаго уголовнаго законодательства. Въ этомъ отношеніи мы рѣшительно не усматриваемъ никакихъ неудобствъ отъ принятія конструкціи шантажа по новому уголовному уложенію.

Важно дать практикѣ твердыя и опредѣленныя указанія въ законѣ, чтобы предупредить возможность появленія фантастическихъ толкованій, въ родѣ—приравненія шантажа къ мошенничеству, неудачныхъ и неумѣстныхъ аналогій и т. д. Наконецъ, нельзя оставлять шантажъ безнаказаннымъ.

IV.

Перейдемъ къ вопросу о наказуемости шантажа и мѣрахъ борьбы съ нимъ. Мы уже замѣтили, что уголовное преслѣдованіе шантажа, какъ преступнаго дѣянія, начинается только недавно. Въ 1861 году въ Англіи вотируется билль, карающій вымогательство или покушеніе на вымогательство путемъ угрозъ. Во Франціи до 1863 года судьи были совершенно безоружны противъ угрозъ разоблаченіями, внушенными преступною жадностью.

Какъ разъ въ это время одно шантажное дѣло вызвало большіе толки во французской печати и обратило вниманіе общества, въ лицѣ его наиболѣе выдающихся представителей, на пробѣлъ касательно шантажа во французскомъ законодательствѣ. Дѣло это въ нѣсколькихъ словахъ заключалось въ слѣдующемъ. Нѣкій осужденный, по отбытіи наказанія, женился и удачно устроился. Въ то время, какъ онъ трудомъ и хорошимъ поведеніемъ старался загладить свое прошлое, появляется внезапно одинъ изъ его прежнихъ сотоварищей по заключенію, угрожая разоблачить передъ всѣми это его прошлое, если тотъ не купитъ его молчанія. Вскорѣ долженъ былъ

наступить и дѣйствительно наступилъ моментъ, когда злополучный выпущенникъ не могъ, несмотря на свое желаніе, задушить напоминаніе о своемъ прошломъ, продолжать удовлетворять ненасытный аппетитъ негодяя и, въ результатѣ, послѣднему удалось разорить домашній очагъ, который до того времени ничто не тревожило [1]).

Этотъ случай, дѣйствительно способный обратить на себя вниманіе общественнаго мнѣнія и правительственной власти, побудилъ законодателя дополнить защиту общественныхъ интересовъ постановленіями, направленными противъ даннаго зла.

Такимъ-то образомъ законодательныя мѣры вызываются иногда единичными фактами, важность которыхъ приводитъ къ сознанію необходимости репрессіи.

Однако новое постановленіе ст. 400 *Code Pénal* принято было не безъ ожесточенныхъ споровъ. Главнымъ образомъ не рѣшались карать шантажъ путемъ угрозы оглашенія реально существующаго диффамирующаго факта. Общество, говорили при этомъ, заинтересовано въ томъ, чтобы вина была оглашена и наказана; къ тому же въ данномъ случаѣ покровительство закона оказалось бы недѣйствительнымъ, такъ какъ жертва, доноси о шантажирующихъ, сама навлекла бы на себя общественное презрѣніе.

Но эта аргументація не устояла противъ критики. Во-первыхъ, шантажъ зачастую всею своею тяжестью обращается на семью виновника преступленія или проступка. Затѣмъ дѣйствіе репрессивныхъ законовъ направлено на вину преступника; оно не можетъ быть парализовано гнусностью жертвы преступнаго посягательства. Съ точки зрѣнія репрессіи, надо имѣть въ виду не лицо, ставшее жертвой шантажа, а лицо, провинившееся въ данномъ случаѣ. Законъ, напр., караетъ диффамацію; но шантажистъ, въ отличіе отъ диффаматора, никогда не можетъ ссылаться на свою *bona fides*: онъ всегда дѣйствуетъ съ цѣлью незаконной спекуляціи. Указывали и на то, что покровительство уголовнаго уложенія не окажется излишнимъ: его карательныя постановленія остановятъ не одну преступную волю.

---

[1]) Aubéry, op. cit.



Въ числѣ противниковъ законопроекта о шантажѣ находился и знаменитый адвокатъ Жюль Фавръ, отрицавшій необходимость уголовной репрессіи шантажа. „Я думаю“, говорилъ онъ: „что этого рода посягательства до извѣстной степени унижаютъ наши нравы. Донынѣ такія позорныя дѣянія клеймились презрѣніемъ“. Ему возражали, что шантажъ создаетъ тяжкую опасность для спокойствія и чести семьи, что это—возмутительное злоупотребленіе, которое не всегда можетъ быть уничтожено пренебреженіемъ и презрѣніемъ.

Въ концѣ концовъ сторонники уголовнаго преслѣдованія шантажа одержали верхъ, и законъ 1863 года былъ результатомъ этой побѣды. Согласно § 2 къ ст. 400 Code Pénal, за вымогательство или покушеніе на вымогательство, посредствомъ устной или письменной угрозы позорящихъ оглашеній или разоблаченій, какой-либо денежной суммы или цѣнности, подписи или документа, содержащаго или создающаго обязательство, распоряженіе или уступку права, виновный подвергается тюремному заключенію отъ одного года до пяти лѣтъ и денежной пенѣ отъ 50 до 3000 франковъ.

Этихъ карательныхъ мѣръ, по мнѣнію *Aubéry*, достаточно. Уменьшеніе преступленій и проступковъ зависитъ нестолько отъ строгости законовъ, сколько отъ множества другихъ обстоятельствъ. Къ тому же не всегда жертва шантажа заслуживаетъ сожалѣнія.

Въ этомъ отношеніи типиченъ случай, разсказанный Г. Тардомъ. 27 мая 1895 года Сенскій судъ приговорилъ журналиста Ф. къ одному году тюремнаго заключенія и штрафу въ 500 рублей на наши деньги за слѣдующее. Благодаря энергическимъ—и очень основательнымъ—нападкамъ своимъ на компанію южныхъ желѣзныхъ дорогъ, этотъ журналистъ добился того, что названная компанія стала выплачивать ему пенсію въ 1250 фр. каждые три мѣсяца во избѣжаніе новыхъ разоблаченій. По истеченіи года, когда за одинъ триместръ пенсія не была уплачена, г. Ф. снова открылъ огонь по компаніи въ печати. Тогда компанія привлекла его къ суду, обвиняя въ шантажѣ.

Другой случай шантажа, надѣлавшій много шуму во

Франціи, произошелъ въ 1896 году. Это извѣстное дѣло Сиври-Сести-Лебоди. Ульрихъ де-Сиври, редакторъ „Echo de l'Armée“, освѣдомленный о нелегальномъ положеніи Лебоди съ точки зрѣнія закона отъ отбываніи воинской повинности, напечаталъ сперва статьи, благопріятныя для молодого милліонера, а потомъ вдругъ потребовалъ отъ него сумму въ 120,000 франковъ, въ чемъ ему было отказано. За этимъ отказомъ послѣдовала быстрая перемѣна фронта въ журналѣ, который, протежируя Лебоди еще вчера, теперь напалъ на него и донесъ военнымъ властямъ о незаконности льготъ, которыми Лебоди пользовался. На судѣ исправительной полиціи Ульрихъ де-Сиври и его сообщникъ Сести были осуждены. Однако апелляціонная инстанція оправдала де-Сиври, основываясь между прочимъ на томъ мотивѣ, что „въ его статьяхъ нельзя найти, ни диффамаціи, ни тѣмъ менѣе угрозы будущею диффамаціей“.

Не подлежитъ все же сомнѣнію, что эти статьи заключали въ себѣ угрозу придачи новой и большей публичности фактамъ, которые, будучи вѣрными сами по себѣ и не содержа въ себѣ ничего, позорящаго честь, способны были сильно повредить Лебоди, *если бы общество занялось ими.* Въ этомъ собственно—суть дѣла. Фактъ, лишенный самъ по себѣ значенія, замѣчаетъ по поводу этого дѣла Г. Тардъ, становится многозначительнымъ, если публика займется имъ вслѣдствіе вмѣшательства прессы въ дѣло. Общественное вниманіе, обращенное на какой бы то нибыло фактъ, увеличиваетъ его размѣры, распространяетъ его, искажаетъ его природу, открываетъ въ немъ небывалые ужасы или достоинства, придаетъ ему каррикатурный видъ. Однимъ словомъ, такое разоблаченіе прессою факта истиннаго, совершенно простого и естественнаго, можетъ оказаться эквивалентомъ самой гнусной клеветы или даже хуже ея во много разъ, такъ какъ клевета, при всемъ многообразіи ея формъ, далеко не можетъ разсчитывать на столь же широкое распространеніе. Что дѣлалъ де-Сиври? Онъ ограничился, правда, тѣмъ, что говорилъ,—и это было вѣрно,—что Лебоди, благодаря своему состоянію, получалъ въ казармѣ нѣкоторыя ис-

ключительныя льготы, что его не ставили на одну ногу съ его товарищами. Но, будучи опубликованнымъ, это неравенство въ обращеніи не было ли особенно способно возбудить противъ этого бѣднаго милліонера, умершаго отъ своихъ милліоновъ, націю, то аристократическую до мозга костей, то помѣшанную на равенствѣ?

Съ этими соображеніями почтеннаго французскаго криминалиста мы никакъ не можемъ согласиться. Конечно, свѣдѣнія, преданныя гласности редакторомъ „Echo de l'Armée", могли сильно повредить репутаціи юнаго милліонера Лебоди въ общественномъ мнѣніи; совершенно вѣрно и то, что путемъ печати эти свѣдѣнія, согласныя—кстати сказать—съ истиннымъ положеніемъ вещей, получили большую огласку, чѣмъ путемъ устной передачи ихъ. Но центръ тяжести вопроса не въ этомъ, а въ томъ употребленіи, какое сдѣлалъ де-Сиври изъ имѣвшихся въ его распоряженіи достовѣрныхъ фактовъ. Не будь привходящаго момента вымогательства путемъ угрозы денежной суммы, г. де-Сиври заслуживалъ бы не привлеченія къ суду исправительной полиціи, а—общественной признательности за свои разоблаченія. Ставъ на точку зрѣнія г. Тарда, пришлось бы, если желать быть послѣдовательнымъ, ратовать противъ какихъ бы то ни было разоблаченій общественныхъ злоупотребленій въ печати, такъ какъ, вѣдь, всякое такое разоблаченіе наноситъ существенный и часто непоправимый вредъ чьей-либо репутаціи. Подъ такими выводами, однако, врядъ ли подписался бы и самъ г. Тардъ. Противъ завѣдомо невѣрныхъ разоблаченій возможна борьба путемъ той же печати. Вредъ отъ разоблаченій, касающихся служебной дѣятельности лица, не такъ великъ, какъ отъ вторженія печати въ сферу, напр., интимной частной жизни гражданъ, потому что общественная и служебная дѣятельность проходитъ большею частью открыто, на виду у всѣхъ. Это даже—одно изъ желательнѣйшихъ условій ея. Поэтому оправданіе г. де-Сиври апелляціонною инстанціей представляется намъ неправильнымъ именно въ виду только того, что не было принято въ должное соображеніе значеніе момента вымогательной угрозы, отъ котораго собственно и зависѣла квалификація дѣянія г. де-Сиври, какъ шантажа.

Слѣдуя примѣру Англіи и Франціи, большинство другихъ европейскихъ государствъ, а также Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, присоединило къ своимъ карательнымъ постановленіямъ спеціальныя опредѣленія о шантажѣ. Такимъ образомъ въ настоящее время большинство цивилизованныхъ народовъ караетъ шантажъ, усматривая въ немъ дѣяніе, вносящее разложеніе въ семью и общественный порядокъ. Несмотря, однако, на карательныя мѣры, случаи шантажа не только не уменьшаются, но скорѣе, напротивъ, все увеличиваются, причемъ пріемы шантажистовъ совершенствуются вмѣстѣ съ ростомъ прогресса.

Отсюда естественно возникаетъ вопросъ о мѣрахъ борьбы съ этимъ зломъ. Дѣло въ томъ, что карательныя мѣры имѣютъ лишь весьма скромное значеніе въ борьбѣ съ шантажемъ и являются далеко не единственнымъ орудіемъ въ такой борьбѣ. Необходимо тщательное изученіе причинъ проявленія шантажа, а эти причины многообразны.

Можетъ, напр., показаться парадоксальнымъ утвержденіе, что слишкомъ щедрое обложеніе наказаніями различныхъ противообщественныхъ дѣяній въ уголовномъ кодексѣ способно создать почву, благопріятную для шантажа. На самомъ дѣлѣ, однако, какъ свидѣтельствуетъ объ этомъ жизнь, такое утвержденіе имѣетъ въ себѣ много основательнаго. По словамъ *Людвига Фульда*, шантажъ нашелъ для себя совершенно спеціальное примѣненіе законодательныхъ постановленій, направленныхъ на преступленія противъ нравственности и, главнымъ образомъ, на педерастію. Въ странахъ, гдѣ уголовное законодательство, касающееся противоестественныхъ половыхъ актовъ, исходитъ изъ точки зрѣнія, несогласованной съ научными выводами (а это именно и нужно сказать объ уголовныхъ законахъ Германіи, Австріи и Англіи), шантажъ особенно процвѣтаетъ. Ни для кого не тайна, хотя на этомъ мѣстная печать и общественное мнѣніе не любятъ останавливаться, что въ Германіи весьма велико число лицъ, прибѣгающихъ къ этой формѣ принужденія путемъ угрозы доносомъ о такихъ противоестественныхъ актахъ; всѣмъ также извѣстно, что, благодаря этимъ постыднымъ пріемамъ доноса, множество се-

мействъ повергнуто было въ бѣдственное состояніе. Поэтому-то въ числѣ основаній, приведенныхъ разными лицами въ Германіи и Австріи противъ сохраненія дѣйствующихъ карательныхъ постановленій касательно педерастіи, одно изъ главнѣйшихъ вытекаетъ изъ факта, что, уничтоживъ эти постановленія, устраняютъ одинъ изъ важнѣйшихъ источниковъ успѣха шантажа.

Въ своемъ докладѣ, касающемся проекта австрійскаго уголовнаго уложенія, главный совѣтъ по охраненію народнаго здравія въ Австрійской Имперіи выражается въ этомъ отношеніи самымъ категорическимъ образомъ, не допускающимъ ни малѣйшихъ сомнѣній на этотъ счетъ. По его утвержденію, именно тамъ, гдѣ такъ называемыя противонравственныя дѣянія, хотя бы совершенныя взрослыми, облагаются уголовными наказаніями, они даютъ мѣсто самымъ возмутительнымъ насиліямъ. Послѣднія въ большихъ городахъ и особенно въ Вѣнѣ принимаютъ характеръ настоящей доходной эксплоатаціи, совершаемой организованными шайками, направляясь даже на лицъ, абсолютно невинныхъ, и прибѣгая съ этой цѣлью къ угрозамъ доносомъ. Этотъ видъ проституціи и возмутительныя вымогательства, порождаемыя имъ, такъ хорошо извѣстны полиціи всѣхъ большихъ городовъ, что во Франціи, напр., ихъ собственно и называютъ шантажемъ. Приводятъ довольно значительное число случаевъ, когда лица съ безупречной репутаціей, разстроенныя и доведенныя до крайности такими низкими угрозами, покончили съ собою, спасаясь отъ позора [1]).

Путемъ уничтоженія карательныхъ мѣръ за такія посягательства достигли бы значительнаго уменьшенія числа случаевъ шантажа. Косвенное доказательство этого усматривается, между прочимъ, въ томъ фактѣ, что противонравственныя дѣянія между женщинами не вызываютъ шантажа, хотя никакъ нельзя сказать, что подобныя дѣянія среди женщинъ менѣе распространены, чѣмъ среди мужчинъ. Сопоставленіе

---

[1]) Krafft-Ebing. „Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter". Leipzig und Wien, 1894, стр. 38 и 39.



этого факта съ тѣмъ. что всѣ дѣйствующіе уголовные кодексы, почти безъ исключенія, не знаютъ *amor lesbicus*, какъ преступленіе, напрашивается само собою. Исключеніе составляетъ только австрійскій кодексъ. Однако, повидимому, и въ Австріи соотвѣтственныя карательныя постановленія существуютъ больше на бумагѣ. Не слѣдуетъ забывать изреченія Монтескье, что „часто человѣческіе законы противъ воображаемыхъ преступленій вызываютъ дѣйствительныя". Эта истина слишкомъ часто даетъ себя знать, а потому во всѣхъ странахъ, гдѣ преступленіе содоміи подвергается уголовному преслѣдованію, надо видоизмѣнить диспозицію закону, ограничивъ его примѣненіе случаями, гдѣ дѣло идетъ о юношахъ моложе 18 лѣтъ и оскорбленіяхъ общественной нравственности. На этой именно почвѣ стоятъ законодательства Франціи, Нидерландъ, Люксембурга и Италіи.

При обсужденіи мѣръ борьбы съ шантажемъ нельзя не обратить вниманія и на то, что мало преступленій могутъ сравняться съ нимъ по трудности разслѣдованія и репрессіи. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, принять дѣйствительныя мѣры противъ дѣянія, о которомъ жертва почти всегда остерегается донести? Опытъ показываетъ, по словамъ одного автора, что жертва шантажа, опасаясь подвергнуться преслѣдованію или опозоренію вслѣдствіе оглашенія факта, служащаго предметомъ вымогательной угрозы, въ большинствѣ случаевъ уступаетъ сдѣланнымъ угрозамъ. Даже лица съ безупречной репутаціей и поведеніемъ пугались такихъ угрозъ. Этимъ объясняется безнаказанность столькихъ шантажистовъ. Слѣдовательно, шантажныя дѣянія ускользаютъ отъ репрессіи скорѣе вслѣдствіе слабости и недостаточности средствъ разслѣдованія, имѣющихся въ распоряженіи судебной власти, чѣмъ вслѣдствіе недостаточной строгости уголовнаго закона.

Поэтому трудно согласиться съ А. Фульдомъ, когда онъ требуетъ усиленія карательныхъ мѣръ противъ шантажа. По его мнѣнію, тѣ, кто предается подобному вымогательству, должны подвергнуться самому строгому тюремному заключенію, съ исключеніемъ смягчающихъ обстоятельствъ, и само покушеніе должно также наказываться.

Помимо того, что такой взглядъ мало согласуется съ рас смотрѣнными уже нами соображеніями того же автора, касающимися причинъ распространенности шантажа, надо замѣтить, что уголовное законодательство, если оно и задаетс цѣлями репрессіи, должно быть разумно репрессивнымъ охранять противъ опасности произвола. Въ уголовномъ отно шеніи законодатель не только долженъ не вводить произвол въ свое дѣло, но обязанъ въ то же время не упускать из виду демаркаціонной линіи, существующей между недозволен ной угрозой, противной нравственнымъ и общественным условіямъ, и угрозой, являющейся только осуществленіем или примѣненіемъ законнаго права.

Поэтому нельзя не согласиться, напр., съ тѣмъ, что нѣтъ ни какихъ основаній причислять къ преступленію шантажа угроз какому-либо лицу предпринять противъ него юридическія дѣй ствія, не посягающія, ни на честь, ни на общественное положе ніе, съ цѣлью добиться или денежной мировой сдѣлки или извѣст ной денежной суммы взамѣнъ отказа отъ осуществленія таких дѣйствій. Кто предпринимаетъ судебныя дѣйствія, тотъ осу ществляетъ какое-либо право. Дѣло суда рѣшить, законно оно или незаконное. Къ тому же было бы иллюзіей созд вать изъ такого дѣйствія преступленіе, такъ какъ тотъ, грозитъ привлечь къ суду своего противника, обыкновен приводитъ въ подтвержденіе своихъ притязаній титулы (осн ванія) права и документы, болѣе или менѣе основательн хотя бы на первый взглядъ. Какимъ же образомъ можно из личить его въ зломъ умыслѣ?

Итакъ, помимо нежелательности усиленія карательн мѣръ за шантажъ, какъ средства, недостигающаго цѣ а потому безполезнаго, слѣдуетъ остерегаться излишняго *рас ренія понятія шантажа.*

Съ точки зрѣнія репрессіи шантажа, французскій кодє занимаетъ какъ разъ среднее мѣсто между чрезмѣрною с ходительностью и слишкомъ большою суровостью. Онъ о разумно присоединяетъ къ тюремному заключенію денеж пеню: виновникъ хотѣлъ посягнуть на имущество же онъ долженъ поэтому самъ понести имущественный ущ

Преступленія, основаніемъ которыхъ служитъ алчность, полезно облагать уголовными наказаніями, поражающими ту же самую страсть, которою они были вызваны. Нидерланды и Венгрія караютъ шантажъ тюремнымъ заключеніемъ съ максимальнымъ срокомъ въ 3 года. Бельгійскій кодексъ отождествляетъ вымогательство денегъ или цѣнностей путемъ угрозъ съ похищеніемъ, соединеннымъ съ насиліемъ или угрозами, и наказываетъ его заточеніемъ (réclusion). Италія караетъ то же дѣяніе заточеніемъ на срокъ отъ 2-хъ до 10-ли лѣтъ. Что касается Швейцаріи, то въ ней уголовный кодексъ Невшательскаго кантона, считающійся законодательнымъ шедевромъ, назначаетъ за шантажъ заточеніе до 3-хъ лѣтъ и денежный штрафъ до 5.000 франковъ. Въ Норвегіи заточеніе за шантажъ простирается до 6 лѣтъ; въ случаѣ же наличности какихъ-либо смягчающихъ обстоятельствъ, виновный наказывается только штрафомъ. Шведскій кодексъ назначаетъ за шантажъ два года заточенія, но надо, вообще, замѣтить, что шантажъ—не въ скандинавскихъ нравахъ и тамъ не распространенъ. Греческій уголовный кодексъ различаетъ два случая: 1) учиненіе принужденія или угрозъ съ недозволенною цѣлью добиться отъ кого-либо совершенія какого-либо дѣйствія или воздержанія отъ него съ тѣмъ, однако, что виновный не имѣлъ намѣренія доставить себѣ незаконную выгоду; въ этомъ случаѣ виновный наказывается *maximum* мѣсяцемъ тюремнаго заключенія, независимо отъ того, какое иное преступленіе могло бы оказаться результатомъ даннаго дѣянія; дѣла эти подлежатъ разбору въ порядкѣ частнаго обвиненія, за исключеніемъ нѣсколькихъ случаевъ, обусловленныхъ качествами субъекта преступленія и перечисленныхъ въ законѣ; 2) учиненіе принужденія или угрозъ съ намѣреніемъ извлечь для себя противозаконную выгоду; здѣсь примѣняются наказанія, назначаемыя за разбой и могущія простираться даже до смертной казни въ томъ случаѣ, если виновный угрожалъ жизни жертвы, въ прочихъ же случаяхъ назначается заточеніе до 7 лѣтъ. Если шантажное дѣяніе учинено государственнымъ чиновникомъ, который, пользуясь своимъ служебнымъ положеніемъ, старался доставить себѣ

или другимъ противозаконную выгоду, онъ наказывается заточеніемъ, за исключеніемъ случаевъ, когда угроза была незначительна и предполагаемая выгода не превышала суммы въ 30 франковъ. Если же дѣйствія виновнаго не наказуемы, какъ преступленіе или проступокъ,—они разсматриваются, какъ нарушеніе, а виновный можетъ быть подвергнутъ аресту до 3 мѣсяцевъ и штрафу до 300 франковъ и, наконецъ, поставленъ подъ полицейскій надзоръ.

Такова постановка наказуемости шантажа въ главнѣйшихъ европейскихъ кодексахъ. Несмотря на все разнообразіе этихъ разсмотрѣнныхъ нами карательныхъ постановленій, въ основаніи всѣхъ ихъ лежитъ одно начало. Это начало—сознаніе пагубной роли шантажа въ общественной жизни государства и необходимости энергической борьбы съ этимъ зломъ.

Къ сожалѣнію, однако, отвѣтомъ на вопросъ о степени дѣйствительности предпринимаемыхъ донынѣ мѣръ борьбы служитъ тотъ краснорѣчивый фактъ, что шантажъ не только не уменьшается, но, напротивъ, скорѣе распространяется, доходя до виртуозности въ разнообразіи своихъ формъ. Изученіе этихъ формъ, будучи необходимымъ для цѣлесообразной постановки борьбы съ этимъ видомъ посягательствъ, является въ то же время въ высокой степени интереснымъ для характеристики нравовъ данной общественной среды.

V.

Въ Новомъ Свѣтѣ шантажъ пустилъ глубокіе корни преимущественно въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, гдѣ съ шантажистами (blackmailers) ведется энергическая борьба. Нѣкоторые случаи шантажа представляютъ значительный интересъ.

Въ Бостонѣ, напр., одинъ пожилой господинъ изъ очень хорошей семьи, сынъ бывшаго президента Соединенныхъ Штатовъ, былъ завлеченъ въ игорное заведеніе. Такъ какъ его умственныя способности сильно ослабѣли отъ старости,

то не представлялось большого труда его обмануть. Когда онъ захотѣлъ уйти, его убѣдили, что онъ проигралъ въ игру значительныя суммы и ему, молъ, нельзя уйти, не расплатившись. У старика не было съ собою денегъ; поэтому онъ подписалъ подсунутую ему бумагу, которою обязался доставить требуемую сумму. Мошенники были вполнѣ убѣждены, что жертва не выскользнетъ изъ ихъ цѣпкихъ когтей. Они особенно разсчитывали на сыновей старика, занимавшихъ выдающееся общественное положенiе въ Бостонѣ, такъ какъ, по ихъ предположенiямъ, эти сыновья предпочтутъ заплатить, чѣмъ придать огласку скандальному дѣлу.

Вотъ еще выдающiйся случай вымогательства имущества путемъ шантажа: это—дѣло супруговъ А. Мооръ и Фаины Мооръ, обвиненныхъ въ шантажированiи Мартина Мэгона, собственника одного изъ первоклассныхъ отелей въ Нью-Iоркѣ. Мооръ происходилъ изъ хорошей семьи. Отъ президента Макъ-Кинлея онъ добился поста консульскаго агента въ Дурбанѣ, въ Африкѣ. Но изъ карточной игры онъ создалъ для себя настоящую профессiю, которою и занимался на борту трансатлантическихъ пароходовъ за счетъ пассажировъ. Жена его была замѣчательно хороша собой, очень доровита, но съ довольно сомнительнымъ прошлымъ. Это была дочь бывшаго предсѣдателя суда въ Орегонѣ. Она много путешествовала, и факты подтверждаютъ, что она втеченiе двухъ или трехъ лѣтъ находилась въ интимныхъ отношенiяхъ съ Мэгономъ. 6 Декабря 1898 года, послѣ обѣда съ нимъ въ „Hôtel Mètropolitain", она пригласила его къ себѣ въ помѣщенiе, занятое ею въ „Hôtel de Grenoble". Онъ согласился; но, очутившись у нея, онъ попалъ въ столь компрометтирующее положенiе, что рѣшилъ было поскорѣе уѣхать. Тогда Фаина Мооръ тотчасъ принялась кашлять, что было условнымъ сигналомъ для ея мужа, который появился въ комнатѣ и, заговоривъ трагическимъ и угрожающимъ голосомъ о своей оскорбленной чести, потребовалъ 50,000 фунтовъ стерлинговъ вознагражденiя. Оба мужчины пришли, однако, къ соглашенiю. Они вмѣстѣ сошли внизъ въ ближайшее кафе, и тамъ Мэгонъ передалъ Моору всѣ деньги, которыя онъ имѣлъ

при себѣ, всего 167 фунтовъ стерлинговъ, и далъ ему два векселя, по 2500 фунтовъ стерлинговъ каждый, срокомъ до ближайшихъ субботы и понедѣльника. Повидимому, они разстались въ хорошихъ отношеніяхъ. Тѣмъ не менѣе Мэгонъ подалъ жалобу, и дѣло это разбиралось судомъ въ нѣсколькихъ засѣданіяхъ. Послѣ перваго засѣданія члены жюри разошлись во мнѣніяхъ; послѣ второго они признали виновность подсудимаго и на основаніи судебнаго приговора Мооръ былъ заточенъ на 19 лѣтъ. Что же касается жены его, то, такъ какъ присяжные не пришли относительно нея къ опредѣленному рѣшенію, дѣло о ней было отложено, а о дальнѣйшемъ ходѣ его у насъ въ настоящее время нѣтъ свѣдѣній.

При разсмотрѣніи мѣръ борьбы съ шантажемъ въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ не слѣдуетъ упускать изъ виду политическаго устройства ихъ, которое налагаетъ своеобразный отпечатокъ на эту борьбу. Какъ извѣстно, Соединенные Штаты состоятъ изъ отдѣльныхъ штатовъ (около 50), изъ которыхъ каждый образуетъ самостоятельное цѣлое, подчиненное лишь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ *общей конституціи*. Эти штаты имѣютъ и свои отдѣльныя конституціи; они вправѣ, каждый—сообразно своему отдѣльному кодексу, издавать законы для уголовнаго преслѣдованія преступныхъ посягательствъ. Представивъ ихъ на утвержденіе своего губернатора, они могутъ налагать наказанія за нарушеніе этихъ законовъ и примѣнять послѣднія на всемъ протяженіи своей территоріи. Такимъ образомъ каждый изъ штатовъ устанавливаетъ въ своихъ предѣлахъ подходящіе для себя законы, не справляясь со вкусами и обычаями своихъ сосѣдей.

Отсюда проистекаетъ недостатокъ единства, замѣтно отражающійся, какъ на опредѣленіи понятій отдѣльныхъ видовъ посягательствъ, такъ и на степени строгости угрожающихъ наказаній. Благодаря этому факту, правосудію приходится встрѣчаться на своемъ пути съ многочисленными препятствіями.

Какъ мы только что видѣли, правительство Соединенныхъ Штатовъ не несетъ никакой отвѣтственности въ

отношеніи уголовно-правовомъ; оно обладаетъ въ этой сферѣ властью лишь весьма ограниченной, такъ какъ его роль ограничивается сужденіемъ случаевъ нарушенія національныхъ законовъ. Напротивъ, штатъ въ этомъ именно отношеніи беретъ на себя всю отвѣтственность.

Вотъ фактъ, съ которымъ слѣдовало бы считаться иностраннымъ державамъ и въ которомъ послѣднія иногда не отдаютъ себѣ вполнѣ яснаго отчета, благодаря чему случаи убійства въ штатахъ иностранныхъ подданныхъ не разъ вели къ международнымъ осложненіямъ. Эти осложненія всегда приходилось улаживать лишь съ большимъ трудомъ и послѣ длинной переписки.

Съ затрудненіями встрѣчается правосудіе и при примѣненіи законовъ, касающихся шантажа. Въ общемъ, законъ разсматриваетъ его, какъ проступокъ; однако нѣкоторые штаты считаютъ его, то проступкомъ, то преступленіемъ. Это различіе зависитъ отъ степени тяжести дѣянія и отъ наказанія, назначаемаго за него.

Не останавливаясь здѣсь на различныхъ опредѣленіяхъ понятія шантажа, дѣлаемыхъ законодательствами отдѣльныхъ штатовъ, мы позволимъ себѣ обратить вниманіе на принимаемыя въ нихъ противъ даннаго вида посягательства уголовныя мѣры. Изъ такого обзора наглядно выяснится, что шантажъ далеко не одинаково преслѣдуется на территоріи Соединенныхъ Штатовъ.

Въ штатѣ *Индіанѣ* шантажъ считается преступленіемъ; это дѣяніе обнимаетъ собою стремленіе получить отъ какого-либо лица деньги или другія цѣнности путемъ устной или письменной угрозы. Сюда же относятся: 1) обвиненіе или угроза обвинить кого-либо путемъ врученія ему письма, записки и всякаго иного рукописнаго или печатнаго сообщенія, подписаннаго, анонимнаго или носящаго фиктивную подпись; 2) обвиненіе или угроза обвинить кого-либо въ какомъ-нибудь дѣяніи, осуждаемомъ закономъ, въ дѣяніи безнравственномъ, которое лишило бы это лицо уваженія или вызвало бы къ нему общественное презрѣніе, или, наконецъ, набросило бы тѣнь на чью-либо репутацію. Виновное въ подобномъ

дѣяніи лицо подвергается тюремному заключенію на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ или денежному штрафу до 100 долларовъ. Въ *Иллинойсѣ* шантажъ разсматривается, какъ проступокъ, что видно изъ назначенія за него болѣе снисходительныхъ наказаній. Тюремное заключеніе за шантажъ простирается тамъ до 6 мѣсяцевъ самое бо́льшее, а денежный штрафъ— до 500 долларовъ. Штатъ *Массачузетсъ*, напротивъ того, выдѣляется суровостью налагаемыхъ наказаній: за шантажъ тамъ можетъ быть назначено тюремное заключеніе срокомъ до 15 лѣтъ и штрафъ, достигающій до 5,000 долларовъ, причемъ судъ можетъ назначить одновременно и тюремное заключеніе и штрафъ. Законодательство *Миннезотты* содержитъ чрезвычайно обстоятельныя постановленія о шантажѣ; виновнымъ въ немъ признается: 1) тотъ, кто угрожаетъ лицу опубликовать пасквиль, касающійся этого лица или имѣющій нѣкоторое отношеніе къ членамъ его семьи, къ его мужу, женѣ или къ кому-либо изъ дѣтей; 2) тотъ, кто предлагаетъ помѣшать опубликованію пасквиля, направленнаго противъ какого-либо лица, подъ условіемъ извѣстнаго денежнаго вознагражденія или съ цѣлью вымогательства у кого-либо денегъ или какихъ-нибудь другихъ цѣнностей; 3) всякое лицо, которое въ цѣляхъ вымогательства денегъ или учиненія какого-либо нелегальнаго дѣйствія, посылаетъ или берется доставить письмо или всякую другую записку, угрожающую кому-нибудь: а) обвиненіемъ въ преступленіи, б) нанесеніемъ ущерба его личности или его имуществу, в) опубликованіемъ или содѣйствіемъ опубликованію какого-либо пасквиля противъ него и г) доносомъ или поврежденіемъ его репутаціи. За эти дѣянія полагается тюремное заключеніе до 5 лѣтъ. Въ *Калифорніи* шантажъ считается проступкомъ, во *Флоридѣ* же—преступленіемъ. Въ штатѣ *Нью-Іоркъ* постановленія о шантажѣ приблизительно тѣ же, что и въ *Миннезоттѣ*.

Эти приведенныя нами, данныя ясно показываютъ, насколько разнообразны карательныя санкціи закона касательно шантажа въ различныхъ штатахъ.

Будучи болѣе или менѣе суровыми, всѣ онѣ, однако, мало достигаютъ своего прямого назначенія—борьбы съ шантажи-



стами, такъ какъ поражаютъ уже назрѣвшее зло, не обращая вниманія на ту почву, изъ которой шантажъ, выражаясь фигурально, набирается соковъ. Между тѣмъ именно эта почва процвѣтанія шантажа заслуживаетъ усиленнаго вниманія, какъ законодателя, такъ и, болѣе того, общества.

Дѣло въ томъ, что успѣхъ шантажистовъ въ значительной мѣрѣ опирается на робость и нравственное малодушіе угрожаемыхъ лицъ. Часто видишь людей совершенно невинныхъ, не знающихъ за собой рѣшительно никакого компрометтирующаго дѣйствія, которые уступаютъ сдѣланнымъ имъ угрозамъ только потому, что они опасаются вызвать скандалъ, донося на виновныхъ; они предпочитаютъ переносить зло, уже имъ причиненное, чѣмъ навлечь на себя, быть можетъ, еще худшее зло. Благодаря этому именно нравственному настроенію своихъ жертвъ, множество шантажистовъ ускользаетъ изъ рукъ правосудія. Между тѣмъ, въ дѣйствительности такой упадокъ мужества у шантажируемыхъ неоправдывается обстоятельствами большинства случаевъ шантажа, такъ какъ обыкновенно люди, занимающіеся этой преступной профессіей, совершенно лишены нравственной храбрости. Они трусливы, отлично понимая гнусность своихъ дѣйствій и опасаясь попасться; робость жертвы только способна поощрить ихъ, тогда какъ энергическій отпоръ тотчасъ же заставилъ бы ихъ отказаться отъ всякихъ попытокъ осуществить задуманное.

На послѣднемъ конгрессѣ въ Брюсселѣ американскій докладчикъ г. *Felton* предложилъ наказывать шантажистовъ и за неудавшееся покушеніе. Въ видахъ же преодолѣнія довольно естественнаго чувства отвращенія, часто мѣшающаго угрожаемымъ лицамъ принести жалобу, онъ предложилъ слѣдующее: такъ какъ впродолженіе процесса обвиняемые почти всегда ссылаются, въ цѣляхъ оправданія своего поведенія, на компрометтирующія дѣйствія своихъ жертвъ, то не слѣдовало бы вовсе касаться этой струны и законъ долженъ былъ бы вовсе воспретить всякія показанія, всякіе намеки по этому предмету. Эта мѣра, по мнѣнію названнаго докладчика, помогла бы судамъ подвергать наказанію значительное

число виновныхъ, которые до сихъ поръ удачно избѣгали правосудія, благодаря дѣйствующимъ нынѣ порядкамъ.

VI.

Серьезная борьба противъ шантажа должна, однако, опираться не столько на созданіе новыхъ законовъ, сколько на реформы въ дѣлѣ воспитанія. Со временъ существованія человѣка на землѣ, онъ никогда еще не соединялъ въ себѣ въ уравновѣшенномъ состояніи моральный и интеллектуальный элементы. Правда, онъ обнаруживалъ могучую интеллектуальную жизненную силу, сопровождавшуюся твердыми моральными наклонностями; но никогда еще оба принципа не находились въ полномъ равновѣсіи. Часто встрѣчаешь у людей мало культурныхъ больше нравственности, чѣмъ у людей съ самымъ утонченнымъ образованіемъ.

Основываясь на такихъ соображеніяхъ, приходится заключить, что чисто схоластическое воспитаніе никогда не будетъ имѣть большого воздѣйствія на предупрежденіе преступности: къ нему необходимо присоединить вспомогательное моральное воспитаніе. Иногда становятся преступными люди, которые казались вполнѣ нормальными, и въ этомъ надо видѣть одинъ изъ результатовъ современнаго обученія, не удѣляющаго достаточно мѣста моральному воспитанію. Путемъ исправленія этого пробѣла достигнуть не только репрессіи шантажа, но и уничтоженія побудительныхъ причинъ дѣяній, которыя могутъ способствовать ему.

Затруднительность борьбы съ шантажемъ путемъ уголовно-карательныхъ мѣръ обусловливается также сложностью и тонкостью тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя создаются на почвѣ шантажа и нерѣдко совершенно лишають возможности точно провести черту, разграничивающую легальныя дѣйствія даннаго лица отъ нелегальныхъ. Въ своемъ докладѣ, прочитанномъ на Брюссельскомъ международномъ пенитенціарномъ конгрессѣ, Тардъ привелъ много остроумныхъ примѣровъ, подтверждающихъ только-что сказанное.

Дѣйствительно, шантажъ непрерывною цѣпью связанъ съ дѣяніями, въ которыхъ нѣтъ ничего, ни недозволеннаго, ни постыднаго. Обладать секретомъ, касающимся чести другого лица, это значитъ располагать большою властью надъ этимъ лицомъ. Можно-ли ею пользоваться? Да, но въ какихъ границахъ? Это зависитъ отъ *природы* секрета, отъ *способа*, которымъ его открыли, и отъ *побужденія*, которымъ руководятся, пользуясь имъ. Напр., лицо X. поймало У., человѣка съ честнымъ именемъ, въ то время, какъ этотъ послѣдній намѣревался похитить у него 100 рублей. X. говоритъ У—у: „если вы не вернете мнѣ этихъ 100 рублей, я на васъ донесу". Такое заявленіе, разумѣется, вполнѣ законное. Если же X. скажетъ: „вернувъ мнѣ мои 100 рублей, отправляйтесь внести 1000 рублей въ (такое-то) благотворительное общество",—здѣсь мы уже встрѣтимся съ нѣкоторымъ злоупотребленіемъ власти, но внушеннымъ столь похвальными намѣреніями, что оно должно считаться ненаказуемымъ. Но если X. скажетъ: „верните мнѣ вдвойнѣ сумму, которую вы намѣревались украсть, или я на васъ подамъ жалобу",—онъ совершитъ настоящее вымогательство, корыстную эксплоатацію преступленія другого лица, строго говоря—преступную уже саму по себѣ. Это, однако, еще лишь весьма незначительный видъ шантажа. Дѣло становится болѣе серьезнымъ, если X., положимъ, не будучи жертвой кражи въ 100 рублей, но узнавъ случайно о таковой, говоритъ вору: „я донесу на васъ, если вы не вручите 100 рублей, 200 рублей" и т. д. Виновность X. еще болѣе усиливается, если онъ завладѣлъ этимъ позорящимъ секретомъ не случайно, а послѣ кропотливыхъ розысковъ въ прошломъ богатаго человѣка, котораго онъ хочетъ сдѣлать своимъ данникомъ. Открытіе клада, по остроумному замѣчанію Тарда, въ иныхъ случаяхъ не болѣе драгоцѣнно, чѣмъ открытіе подозрительнаго поступка, учиненнаго какимъ-либо милліонеромъ. Во всякомъ случаѣ, если, въ приведенномъ выше примѣрѣ, X. требуетъ съ У. деньги не изъ жадности, но изъ мести, этотъ грабежъ будетъ носить совершенно иной характеръ, и слово „шантажъ", въ примѣненіи къ такой

мстительной эксплоатаціи на равнѣ съ эксплоатаціей изъ жадности, будетъ имѣть такой же двойной смыслъ, какой имѣютъ слова „самоубійство“ и „убійство“, когда они одновременно обнимаютъ собою добровольную смерть индѣйской вдовы на могилѣ своего мужа, пистолетный выстрѣлъ въ себя больного, чтобы избавиться отъ жестокихъ мученій, человѣкоубійство изъ мести и человѣкоубійство изъ жадности. Но положимъ, что X.—профессіональный хранитель обезчещивающаго секрета; если онъ узналъ объ этомъ позорѣ какого-нибудь лица, будучи секретаремъ—изъ судебныхъ дѣлъ, будучи адвокатомъ—изъ имѣвшихся у него документовъ или, наконецъ, будучи докторомъ—изъ признанія своихъ кліентовъ, и если онъ злоупотребитъ властью, даваемою ему этимъ знаніемъ надъ ними, вина X.—вина исключительной важности. Наконецъ, можетъ случиться, что X. не обладаетъ никакимъ секретомъ, но притворяется, будто бы знаетъ его, и путемъ угрозы не разоблачить, а придумать воображаемое безчестное дѣяніе о какомъ-нибудь лицѣ, пріобрѣтаетъ надъ этимъ лицомъ власть вполнѣ реальную, зачастую болѣе реальную даже, чѣмъ если бы фактъ былъ истиннымъ. Здѣсь несомнѣнно имѣется отягчающее обстоятельство, которое можетъ комбинироваться съ вышеприведеннымъ, если, напр., секретарь грозитъ какому-либо лицу опубликовать противъ него лживое извлеченіе изъ судебнаго дѣла, содержащее воображаемыя обвиненія. Повидимому, здѣсь мы достигаемъ *nec plus ultra* шантажа.

Однако всѣмъ этимъ видоизмѣненіямъ шантажа пресса придаетъ новую окраску и полноту. Дѣйствительно, необходимо хорошенько различить, будетъ ли разоблаченіе, которымъ угрожаютъ жертвѣ, словеснымъ, письменнымъ или печатнымъ.

Словесное разоблаченіе можетъ имѣть мѣсто въ салонѣ или въ кафе, въ правительственномъ учрежденіи или въ театрѣ, въ проповѣди или въ защитительной рѣчи и т. д., и эти различія имѣютъ свое значеніе. Но еще важнѣе знать, будетъ ли разоблаченіе, по отпечатаніи, помѣщено въ книгѣ, въ какомъ-либо обозрѣніи, въ журналѣ, въ листкѣ объявле-

ній, выходящемъ въ 100 экземплярахъ, или въ большомъ журналѣ, читаемомъ милліонами читателей.

Особенную соціальную опасность, противъ которой общество должно защищаться, представляютъ, по словамъ Тарда, именно случаи шантажа путемъ прессы и, притомъ, наиболѣе распространенныхъ ея органовъ. Бѣда, говоритъ Тардъ, здѣсь въ томъ, что, не смотря на всю необходимость найти средство защиты, сдѣлать это въ высшей степени трудно, если не невозможно. Крайне затруднительнымъ представляется уже самое судебное преслѣдованіе диффамаціи въ печати, въ тысячу же разъ труднѣе сдѣлать это относительно умолчаній въ печати.

Какъ, въ самомъ дѣлѣ, доказать, что это умолчаніе есть не что иное, какъ недоношенная клевета, диффамація? Много встрѣчается такого рода случаевъ, о которыхъ только можно подозрѣвать, но которые не поддаются доказательству. Здѣсь дѣло идетъ о вымогательствѣ, единственнымъ свидѣтелемъ котораго является чаще всего сама жертва, и если послѣдняя рѣшила, что лучше заплатить, чѣмъ допустить оглашеніе извѣстныхъ фактовъ, войдетъ-ли она въ противорѣчіе съ самой собою, донося объ угрозѣ такого оглашенія, чтобы неблагоразумно реализировать его путемъ уголовнаго преслѣдованія? Или, наконецъ, было только неудачное покушеніе на шантажъ, угроза, противъ которой устояло угрожаемое лицо. Конечно, можно допустить, что послѣднее донесетъ объ этомъ покушеніи, но какое доказательство приведетъ оно въ подтвержденіе простой словесной угрозы или, что еще хуже,—угрозы невыраженной, но подразумѣвающейся, самой страшной изъ всѣхъ, проистекающей изъ начавшейся газетной компаніи, которая заставляетъ предчувствовать наступленіе продолженія ея? Другая трудность, очень серьезная, заключается въ томъ, какъ согласовать съ репрессіей шантажа право и обязанность освѣдомленія, гласности всякаго рода, въ которыхъ заключается вся сила печати, весь смыслъ ея существованія?

Есть множество случаевъ, гдѣ фактъ, не заключающій въ самомъ себѣ ничего обезчещивающаго для частнаго лица, становится для него крайне опаснымъ, если онъ будетъ

опубликованъ, и гдѣ, угрожая лицу этимъ опубликованіемъ, не содержащимъ въ себѣ ничего не дозволеннаго закономъ, опытный шантажистъ получитъ отъ угрожаемаго все, что ему угодно.

Угрозы этой категоріи, пожалуй, самыя подлыя изъ всѣхъ и самыя преступныя. Угрожать кому-либо въ извѣстныя эпохи и въ извѣстныхъ мѣстностяхъ оглашеніемъ, что онъ протестантъ, что онъ католикъ, что онъ еврей, это значитъ нанести ему самый жестокій ударъ, и нѣтъ болѣе вѣрнаго средства заставить угрожаемаго плясать по своей дудкѣ. Однако, если мы станемъ инкриминировать оглашеніе подобныхъ, въ сущности — совершенно простыхъ, фактовъ, не будемъ-ли мы на самомъ дѣлѣ трудиться надъ уничтоженіемъ прессы? А если мы не станемъ этого инкриминировать, не упустимъ ли мы самыя возмутительныя шантажныя дѣянія?

Эти пессимистическіе выводы, къ которымъ приходишь при анализѣ понятія шантажа съ его тонкими развѣтвленіями, усугубляются еще тѣмъ, что въ концѣ концовъ шантажъ есть лишь одно изъ самыхъ простыхъ, сравнительно, средствъ, входящихъ въ необозримое множество всевозможныхъ способовъ заставить людей служить своимъ эгоистическимъ цѣлямъ путемъ внушенія имъ страха и ужаса. Вѣдь, и большинство государственныхъ людей обладаетъ секретными данными, касающимися ихъ политическихъ противниковъ. „Всегда ли они ими не пользуются?“ спрашиваетъ Тардъ. Если они пользуются ими для воздѣйствія на какія-либо назначенія, выборы,—мы хвалимъ ихъ политическую ловкость; если-же они прибѣгаютъ къ этому орудію съ цѣлью вымогательства денегъ,—мы ихъ клеймимъ. Но между этими двумя категоріями случаевъ есть столько градацій. Гдѣ же остановиться? Если во Франціи, напр., министръ угрожаетъ депутату за вотированіе противъ какого-либо проводимаго имъ въ палатѣ депутатовъ законопроекта оглашеніемъ такого дѣянія изъ его прошлаго, которое способно дискредитироватъ его въ глазахъ его избирателей,—развѣ здѣсь не на лицо въ сущности шантажъ? Или, обратно, развѣ депутатъ, угро-

жающій министру опасной для него интерпелляціей въ случаѣ, если тотъ не снабдитъ сына или племянника депутата какой-либо лакомой синекурой, не шантажируетъ? Но можетъ-ли законодатель имѣть претензію предупредить или наказать такіе факты, осуждаемые только общественнымъ мнѣніемъ? На этотъ вопросъ можетъ послѣдовать лишь отрицательный отвѣтъ.

Засѣдавшій осенью 1900 года въ Брюсселѣ международный пенитенціарный конгрессъ, удѣлившій, какъ извѣстно, не мало вниманія вопросу о репрессіи шантажа, пришелъ по этому предмету къ слѣдующимъ выводамъ:

I. Слѣдуетъ ввести въ уголовные кодексы, подъ наименованіемъ *шантажа*, вымогательство или покушеніе на вымогательство суммы денегъ или всякой другой выгоды, учиненныя путемъ печати или угрозы какого-нибудь притѣснительнаго процесса.

II. *Шантажъ* долженъ разсматриваться, какъ проступокъ, и, въ качествѣ таковаго, его слѣдуетъ отнести къ компетенціи исправительныхъ судовъ, которые назначаютъ за него тюремное заключеніе и денежное взысканіе.

III. Слѣдуетъ предоставить судьямъ и право закрытія дверей засѣданія по просьбѣ потерпѣвшаго, если пренія могутъ оскорблять его честь.

IV. Всякое опубликованіе преній, происходившихъ въ закрытыхъ засѣданіяхъ, воспрещается.

Эти положенія показываютъ, что конгрессъ принялъ въ должное соображеніе представленные ему доклады и примкнулъ къ наиболѣе раціональному направленію, не увлекаясь обманчивыми перспективами усиленія строгости уголовной репрессіи. Нельзя, однако, не замѣтить, что, оставаясь на чисто юридической почвѣ, конгрессъ въ сущности не создалъ никакой опредѣленной программы борьбы съ шантажемъ и тѣмъ самымъ не далъ никакого отвѣта на поставленный себѣ вопросъ о мѣрахъ борьбы съ этимъ дѣяніемъ, потому что, какъ мы видѣли, борьба съ шантажемъ должна вестись скорѣе мѣрами соціальнаго характера, чѣмъ средствами уголовныхъ кодексовъ.

Такимъ образомъ указанный вопросъ продолжаетъ оставаться открытымъ, и будущему предстоитъ нелегкая задача справиться съ нимъ. Слѣдуетъ думать, однако, что трудность задачи не остановитъ энергіи иниціаторовъ движенія противъ махинацій шантажистовъ, такъ какъ цѣль этого движенія— весьма почтенная, а именно: охраненіе семьи и достоинства человѣческой личности. То и другое настолько связано съ насущнѣйшими интересами государства, съ возможностью дальнѣйшаго развитія его, что на этотъ счетъ врядъ-ли могутъ быть два противоположныхъ взгляда. Говоря объ охраненіи семьи, мы имѣемъ въ виду не преходящую внѣшнюю оболочку ея, которая не разъ, вѣроятно, будетъ видоизмѣняться подъ вліяніемъ закона всеобщей эволюціи, а то ея ядро— обезпеченіе выращенія физически и нравственно здоровыхъ поколѣній, безъ котораго немыслимо существованіе какой бы то ни было формы семьи.

Вл. Акимовъ.

РУССКАЯ КОНСУЛЬСКАЯ ЮРИСДИКЦІЯ ВЪ ТУРЦІИ И ЕЯ РЕФОРМА.

ПЕРВЫЙ ОТДѢЛЪ.

Устройство консульскихъ судовъ въ Оттоманской Имперіи [1]).

Иностранные консульскіе уставы очень тщательно и подробно регулируютъ устройство самихъ судовъ на Востокѣ. Общее ознакомленіе съ ними должно, конечно, предшествовать критикѣ русскаго консульскаго устава.

1. Франція.

Въ основѣ устройства французскихъ консульскихъ судовъ въ Турціи лежитъ главнымъ образомъ эдиктъ 1778 года и законъ 28 мая 1836 года [2]). Въ силу 6 статьи эдикта для разбора гражданскихъ дѣлъ консульскій судъ составляется изъ консула и двухъ засѣдателей, избираемыхъ имъ изъ французскихъ именитыхъ гражданъ (notables), отъ которыхъ не требуется никакихъ другихъ условій, кромѣ этой „именитости". Гражданскій судъ не есть постоянное учрежденіе;

---

[1]) Ср. *Ф. Ф. Мартенсъ.* О консулахъ и консульской юрисдикціи на Востокѣ 1873; Pélissié du Rausas. Le régime des capitulations dans l'Empire Ottoman 1902.

[2]) Другіе источники: Ordonnance de la Marine 1681 г., ордонансъ 3 марта 1781 г., декретъ 21 іюля 1791 г., декретъ 14 Мессидора XI года, ордонансы 20 августа, 23 октября, 25 октября и 28 ноября 1833 г. и ордонансъ 18 апрѣля 1835 г.

онъ созывается консуломъ для рѣшенія одного или нѣсколькихъ дѣлъ. Засѣдатели же уголовнаго суда (по 38 ст. закона 1836 года) назначаются консуломъ на годичный срокъ. Только въ случаяхъ, когда невозможно найти французскихъ „нотаблей“, консулъ судитъ одинъ, констатируя въ судебномъ рѣшеніи невозможность образовать коллегіальный судъ (ст. 40). Засѣдатели приводятся къ присягѣ (ст. 39) [1]). Въ каждомъ консульскомъ округѣ образуется не болѣе одного суда. Вице-консулы не имѣютъ права юрисдикціи (ст. 2 ордонанса 26 октября 1833 года). При судѣ не существуетъ прокуратуры. Обязанности секретаря суда лежатъ на канцлерѣ консульства (ст. 8 эдикта 1778 года). Аппеляціонной инстанціей для консульскихъ судовъ въ Турціи (въ силу 37 ст. эдикта 1778 года) является *Экская* судебная палата (Cour d'Aix) [2]).

2. Италія.

Итальянскій законъ 18 января 1866 года устанавливаетъ единоличный и безаппеляціонный судъ *консула* [3]) для маловажныхъ дѣлъ (ст. 77, 112, 138), и *консульскій судъ* какъ первую инстанцію для дѣлъ болѣе важныхъ. Консульскій судъ состоитъ изъ предсѣдателя—консула (или его замѣстителя) и двухъ судей (ст. 68). Консулъ избираетъ ежегодно необходимое число судей изъ лицъ, живущихъ въ его округѣ, и *предпочтительно* (preferibilmente) изъ итальянцевъ, устанавливаетъ ихъ очередь и приводитъ къ присягѣ (ст. 69—70). Списокъ судей долженъ быть опубликованъ. Тамъ, гдѣ невозможно учредить коллегіальный судъ, консулъ замѣняетъ его своимъ личнымъ судомъ (ст. 72). Въ Константинополѣ въ настоящее время судебныя функціи отправляются особымъ консуломъ—судьею (consule giudice).

Секретарскія обязанности исполняются вице-консуломъ или другимъ лицомъ, назначаемымъ консуломъ и приводимымъ къ

---

[1]) Засѣдатели приглашаются въ настоящее время и въ Константинопольскій судъ, который раньше былъ единоличнымъ.

[2]) Ср. Pélissié du Rausas, стр. 271 и сл.

[3]) Вице-консулъ не имѣетъ права суда, ст. 170.

присягѣ (ст. 72); этому лицу можетъ быть поручена также разсылка судебныхъ повѣстокъ (ст. 74).—Веденіе и защита дѣлъ передъ консульскимъ судомъ обусловлено разрѣшеніемъ консула; отказъ его можетъ быть обжалованъ въ министерствѣ иностранныхъ дѣлъ (ст. 75).

Аппеляціонной инстанціей для консульскихъ судовъ въ Турціи является Анконская судебная палата (ст. 105).

3. Бельгія.

Бельгійскіе консульскіе суды организованные какъ и итальянскіе, по французскому типу, представляютъ тѣ же отклоненія (законъ 31 декабря 1851 о конс. юрисдикціи). Существуетъ единоличный и коллегіальный консульскій судъ (ст. 24); за отсутствіемъ бельгійцевъ засѣдателями могутъ быть и иностранцы (ст. 69). Аппеляціоннымъ судомъ служитъ Брюссельская судебная палата (ст. 31) [1]).

4. Германія.

И новый германскій законъ отъ 7 апрѣля 1900 года (*Zorn*, Konsulargesetzgebung des Deutschen Reiches, стр. 238—260) не уклоняется существенно отъ французской системы. Консульская юрисдикція упражняется 1. консуломъ 2. консульскимъ судомъ и 3. Имперскимъ Судомъ (§ 5). Консулъ уполномачивается на отправленіе суда Имперскимъ Канцлеромъ, который можетъ также замѣнить его другимъ чиновникомъ (§ 6). Консульскій судъ состоитъ изъ консула—предсѣдателя и двухъ засѣдателей, число которыхъ при разсмотрѣніи болѣе важныхъ уголовныхъ дѣлъ увеличивается до четырехъ; впрочемъ, въ случаѣ невозможности добыть засѣдателей, всѣ гражданскія дѣла могутъ быть разсмотрѣны однимъ консуломъ, а всѣ уголовныя—консуломъ и двумя засѣдателями (ст. 8—9). Засѣдатели назначаются *консуломъ* на годичный срокъ изъ числа его соотечественниковъ, или же, за неимѣніемъ таковыхъ, изъ числа *другихъ* жителей консульскаго округа;

---

[1]) Péllisié du Rausas, p. 274 и сл.

ихъ должно быть—шесть, изъ коихъ двое считаются запасными. Для соотечественниковъ консула участіе въ судѣ составляетъ *обязанность*, исполненіе которой обезпечено общими германскими законами (ст. 12). Всѣ засѣдатели приводятся къ присягѣ передъ началомъ перваго судебнаго засѣданія въ году (ст. 13). Засѣдатели имѣютъ рѣшающій голосъ на судѣ (ст. 11) (unbeschränktes Stimmrecht). Особаго института прокуратуры при консульскихъ судахъ не существуетъ (ст. 15). Писцы, судебные пристава и разсыльные назначаются консуломъ и приводятся къ присягѣ (ст. 16). Адвокаты допускаются къ веденію дѣлъ въ консульскомъ судѣ съ разрѣшенія консула, который можетъ взять это разрѣшеніе обратно; рѣшеніе консула въ этомъ вопросѣ можетъ быть обжаловано имперскому суду. (ст. 17). Списокъ судебныхъ приставовъ и повѣренныхъ при данномъ судѣ долженъ быть опубликованъ консуломъ (ст. 16 и 17).

5. Австро-Венгрія.

Въ силу Императорскаго указа отъ 29 января 1855 г. юрисдикція въ Турціи упражнялась въ I инстанціи австро-венгерскими генеральными и простыми консульствами, и тѣми вице-консульствами, которые получили особыя полномочія (ст. 1). Второй инстанціей являлся аппеляціонный судъ въ Тріестѣ (ст. 6), а послѣдней—высшій судъ въ Вѣнѣ (ст. 7). Такимъ образомъ, венгерскіе подданные оказывались подчиненными двумъ австрійскимъ инстанціямъ. Порядокъ этотъ, обидный для венгерскаго самолюбія, измѣненъ австрійскимъ и венгерскимъ законами отъ 30 августа 1891 года, введенными въ дѣйствіе указомъ общаго министерства отъ 30 іюля 1897 года. А именно, австрійскія аппелляціонныя инстанціи уничтожены и учрежденъ *австро-венгерскій аппелляціонный* консульскій судъ въ Константинополѣ [1]). Рѣшенія этого суда окончательны [2]).

---

[1]) Kaiserlich Königliches österreichisches und königlich ungarisches Consular-Obergericht, ст. 5 указа 1897 года.

[2]) Ст. 13 указа 1897 года.



Личный составъ суда состоитъ изъ предсѣдателя (назначаемаго поочередно изъ австрійскихъ и венгерскихъ подданныхъ), одного австрійскаго и одного венгерскаго судьи, двухъ австрійскихъ и двухъ венгерскихъ судей-замѣстителей [1]), секретаря и канцелярскихъ служителей. Судьями могутъ быть только лица, имѣющія право упражненія судебныхъ функцій на родинѣ, или же отправлявшія въ теченіе 10 лѣтъ консульскую юрисдикцію [2]). Предсѣдатель и судьи считаются причисленными къ австро-венгерскому посольству въ Константинополѣ, но не подчинены ему въ служебномъ отношеніи [3]). Они назначаются Императоромъ [4]) и могутъ быть уволены со службы только послѣ дисциплинарнаго производства и съ утвержденія Императора (ст. 7 закона 1891 года).

Право надзора надъ дѣлопроизводствомъ верховнаго консульскаго суда принадлежитъ австро-венгерскому министру иностранныхъ дѣлъ, по соглашенію съ австрійскимъ и венгерскимъ министрами юстиціи; министръ иностранныхъ дѣлъ можетъ поручить ревизію верховнаго консульскаго суда особому коммиссару (ст. 19—20 указа 1897 года).

Надзоръ за дѣлопроизводствомъ консульскихъ судовъ I инстанціи принадлежитъ верховному суду (ст. 14 указа 1897 г.). Этотъ же судъ разрѣшаетъ пререканія о подсудности между трибуналами I инстанціи, а также предписываетъ въ случаѣ надобности, переносъ дѣла изъ одного консульскаго суда въ другой (ст. 13 указа).

6. Англія.

Наиболѣе особенностей представляетъ англійская консульская юрисдикція, урегулированная 13-ю королевскими указами (Orders in Council), изъ коихъ послѣдній отъ 8 августа 1899 года.

Всѣ англійскіе суды въ Турціи подчинены „Верховному

[1]) Ст. 6 указа 1897 года; ст. 5 законовъ 1891 года.
[2]) Ст. 5 закона 1891 года.
[3]) Ст. 8 указа 1897 года.
[4]) Ст. 5 закона 1891 года.

Суду Его Британскаго Величества для владѣній Блистательной Оттоманской Порты“. Верховный судъ состоитъ изъ судьи и его помощника (assistant judge), которые оба назначаются королемъ изъ лицъ, бывшихъ въ теченіе 7 лѣтъ членами англійскаго, шотландскаго или ирландскаго сословія адвокатовъ; эти судьи могутъ быть въ то же время и консулами; въ случаѣ ихъ болѣзни, смерти или отсутствія, временные замѣстители назначаются посломъ въ Константинополѣ. Помощникъ судьи исполняетъ обязанности секретаря (registrar), если таковой не назначенъ статсъ-секретаремъ; при верховномъ судѣ состоятъ также судебный приставъ (Marshal) и другіе чиновники; въ распоряженіе суда могутъ быть командированы также консулы и вице-консулы (ст. 7 Order in Council 1899).

Верховный судъ засѣдаетъ обыкновенно въ Константинополѣ, но, въ случаѣ надобности, и въ любомъ мѣстѣ въ предѣлахъ Оттоманской имперіи; верховные судьи могутъ засѣдать одновременно въ разныхъ мѣстахъ, причемъ сессія каждаго изъ нихъ считается сессіей верховнаго суда (ст. 14).

Всѣ штатные консульскіе чиновники (генеральные консула, консула, вице-консула), образуютъ въ своихъ округахъ *суды I инстанціи* подъ названіемъ Provincial Courts, а нештатные (uncommissiones)—такіе же суды подъ названіемъ Local Courts. Исключенія изъ этого правила для провинціальныхъ судовъ зависятъ отъ статсъ-секретаря, а для мѣстныхъ—отъ верховнаго суда (ст. 8).

Очень оригинальнымъ является институтъ временнаго „спеціальнаго судьи“ (special judge). Такой судья назначается статсъ-секретаремъ изъ числа лицъ, имѣющихъ право быть верховными судьями. Статсъ-секретарь можетъ поручить ему любое гражданское или уголовное дѣло, при разбирательствѣ котораго онъ пользуется всѣми правами верховнаго суда. Спеціальный судья можетъ засѣдать въ любомъ мѣстѣ Турціи. Онъ можетъ судить уголовныя дѣла безъ ассесоровъ или присяжныхъ, если не найдетъ возможнымъ ихъ собрать. Гражданскія дѣла, рѣшенныя спеціальнымъ судьею, разсматриваются вторично либо имъ однимъ, либо сообща съ верхов-

нымъ судьею, либо однимъ верховнымъ судомъ, въ зависимости отъ указаній статсъ-секретаря (ст. 9).

Какъ верховный судъ, такъ и провинціальные суды судятъ въ извѣстныхъ случаяхъ какъ гражданскія, такъ и уголовныя дѣла съ участіемъ ассессоровъ или присяжныхъ засѣдателей; мѣстные (local Courts) же суды судятъ всегда безъ участія этихъ выборныхъ элементовъ (ст. 23 Order in Council).

Присяжные засѣдатели должны удовлетворять слѣдующимъ условіямъ: быть англійскимъ подданнымъ мужского пола, пребывающимъ (resident) въ округѣ; имѣть достаточныя познанія въ англійскомъ языкѣ; имѣть ежегодный доходъ въ 50 фунтовъ стерлинговъ; не быть осужденнымъ за какое либо безчестящее преступленіе; и не быть объявленнымъ внѣ закона. Не могутъ быть кромѣ того, присяжными засѣдателями: лица, находящіяся на англійской дипломатической, консульской и вообще гражданской дѣйствительной службѣ; офицеры на дѣйствительной службѣ въ арміи или во флотѣ Его Величества; лица, находящіяся на турецкой службѣ; священнослужители, адвокаты, доктора, фельдшера и аптекари, отправляющіе свои обязанности; лица физически или душевнобольные (ст. 148 Order in Council и ст. 24 Rules of Court for His Majesty's Courts in the Ottoman Domincions).

Списокъ присяжныхъ каждаго округа ежегодно составляется вновь и выставляется въ теченіе 2 мѣсяцевъ въ зданіи суда (ст. 24 Rules). Право отвода принадлежитъ сторонамъ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ Англіи; судъ для каждаго засѣданія приглашаетъ не менѣе 12 присяжныхъ, изъ которыхъ избирается 5 для образованія окончательнаго состава. За неявку въ судъ присяжные подлежатъ штрафу до 10 фунтовъ (ст. 148 Order).

Что касается *ассесоровъ*, то отъ нихъ требуется англійское подданство, пребываніе въ округѣ, доброе имя и „компетентность и безпристрастіе“ (ст. 149 Order in Council). Консульскій чиновникъ каждаго округа составляетъ ежегодно новый списокъ лицъ, способныхъ быть ассесорами; изъ этого списка консульскій судъ выбираетъ по жребію для каждаго дѣла необходимое число лицъ (ст. 26 Rules). Въ верховномъ

судѣ одинъ или два ассесора, по усмотрѣнію суда; въ провинціальныхъ должно быть не менѣе двухъ и не больше четырехъ, хотя судъ, въ случаяхъ невозможности удовлетворить это требованіе закона, можетъ обойтись и съ однимъ ассесоромъ или даже безъ онаго, отмѣтивъ это обстоятельство въ рѣшеніи (ст. 149 Order).

Верховный судъ, провинціальные и локальные суды взаимно обязаны къ оказанію всякой судебной помощи (ст. 21 Order, ср. ст. 109,3). Провинціальные и локальные суды обязаны сверхъ того исполнять всякія предписанія (writ or order) верховнаго суда и принимать мѣры къ доставленію въ верховный судъ вызываемыхъ имъ лицъ (ст. 20). Провинціальные и мѣстные суды доставляютъ верховному суду ежегодныя вѣдомости о рѣшенныхъ ими дѣлахъ (ст. 22).

По общему правилу обязанности *секретаря (Registrar)* верховнаго суда исполняетъ помощникъ судьи (Assistant Judge); но статсъ-секретарь можетъ назначить и особое лицо „регистраторомъ" (ст. 7 Order). Этотъ регистраторъ получаетъ въ послѣднемъ случаѣ права юрисдикціи провинціальнаго суда и разбираетъ всѣ уголовныя дѣла, подлежащія суду безъ участія ассесоровъ или засѣдателей (ст. 39 Order). Кромѣ этихъ судебныхъ обязанностей регистраторъ исполняетъ секретарскія, т. е. ведетъ книги верховнаго суда, протоколы засѣданій, разсылаетъ повѣстки и пр. (ст. 70—71 Rules).

Регистраторы провинціальныхъ судовъ назначаются этими судами и утверждаются верховнымъ судомъ; регистраторы, назначенные мѣстными судами, утверждаются провинціальными (ст. 8 Order). Регистраторы провинціальныхъ и мѣстныхъ судовъ, кромѣ секретарскихъ обязанностей, исполняютъ также по указанію этихъ судовъ обязанности *прокуроровъ* (ст. 39 Order).

Судебные пристава (Marchals) назначаются тѣмъ же порядкомъ, что и регистраторы (ст. 8 Order). На обязанности ихъ лежитъ исполненіе судебныхъ рѣшеній, охрана, храненіе и продажа имущества и т. д. (Rules 74—79).

Упражненіе *адвокатской профессіи* (какъ barrister, advocate

или solicitor) при верховномъ судѣ зависитъ отъ разрѣшенія этого суда, который можетъ во всякое время взять его обратно. Получившіе это право въ верховномъ судѣ могутъ вести дѣла во всѣхъ низшихъ инстанціяхъ. Право на веденіе дѣлъ въ провинціальныхъ и мѣстныхъ судахъ зависитъ отъ первыхъ, но можетъ быть взято обратно только съ согласія верховнаго суда (ст. 28—29 Rules).

8. Греція.

Греческая консульская юрисдикція въ Турціи весьма обстоятельно регулирована закономъ „объ организаціи консульскихъ учрежденій, ихъ юрисдикціи и пр.“ 22 декабря 1877 года [1]).

По этому закону греческая консульская юрисдикція въ гражданскихъ дѣлахъ упражняется въ слѣдующихъ формахъ [2]).

I. Иски, стоимость коихъ не превышаетъ 600 драхмъ, разсматриваются *единоличнымъ* судомъ генеральнаго консула, консула или вице-консула, на рѣшеніе котораго не допускается апелляціи (ст. 131).

2. Иски, стоимость коихъ превышаетъ 600 др., подлежатъ *консульскому суду*. Этотъ судъ по общему правилу составляется изъ предсѣдателя—консула (генеральнаго консула, консула или вице-консула) и 2 засѣдателей (ст. 131), при секретарѣ. Засѣдатели назначаются для каждаго дѣла консуломъ изъ числа лицъ, помѣщенныхъ въ особомъ спискѣ, составляемомъ ежегодно особой коммисіей, учреждаемой тѣмъ же консуломъ и дѣйствующей подъ его предсѣдательствомъ. Въ списокъ этотъ заносятся почетные греки или иностранцы, живущіе въ консульскомъ округѣ (ст. 132—133). Иностранцы при-

---

[1]) Вторая глава этого закона носитъ заголовокъ: „Особенныя обязанности консульскихъ властей въ Оттоманской Имперіи и нехристіанскихъ странахъ“ ст. 128—220.

[2]) См. сборникъ греческихъ консульскихъ узаконеній *Діакопулоса* „Προξενικὸς Ὀργανισμός“ изданіе 1894 года стр. 87—120.



глашаются, однако, въ засѣдатели лишь въ случаяхъ, когда невозможно привлечь грековъ. За трехкратное уклоненіе отъ обязанностей засѣдателя безъ уважительныхъ причинъ виновные могутъ быть подвергнуты консульской властью въ административномъ порядкѣ штрафу до 50 драхмъ (ст. 132). Засѣдатели не получаютъ вознагражденія.—Они приносятъ предъ консуломъ присягу въ добросовѣстномъ исполненіи своихъ обязанностей (ст. 134).

Параллельно съ этими коллегіальными судами консуловъ, въ Константинополѣ, Александріи и Смирнѣ дѣйствуютъ *особые консульскіе суды*, состоящіе въ Константинополѣ: изъ особаго предсѣдателя, коронного судьи и засѣдателя, выбираемаго предсѣдателемъ; въ Александріи и Смирнѣ: изъ двухъ коронныхъ судей (изъ которыхъ старшій предсѣдательствуетъ) и одного засѣдателя. Суды эти имѣютъ особыхъ секретарей (ст. 138). Названные три суда считаются компетентными для разбора дѣлъ, при наличности предсѣдателя или *одного* короннаго судьи (ст. 140).

3. Апелляціонныя жалобы на неокончательныя рѣшенія консульскихъ судовъ (по искамъ стоимостью свыше 1500 драхмъ) подлежатъ *Аѳинскому* апелляціонному суду (ст. 178).

Обязанности, возлагаемыя гражданскими законами на прокурора и мирового судью по дѣламъ опеки и попечительства возлагаются въ Турціи на *консуловъ*; но въ городахъ, гдѣ существуютъ особые консульскіе суды, консулы исполняютъ исключительно обязанности прокуроровъ (ст. 135). Въ качествѣ таковыхъ, консулы въ Константинополѣ, Смирнѣ и Александріи могутъ пріостановить исполненіе рѣшеній консульскихъ судовъ, если находятъ ихъ противными договорамъ, но при условіи немедленнаго доведенія объ этомъ конфликтѣ до свѣдѣнія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ (ст. 137).

Переходимъ къ организаціи уголовной юридикціи. Единоличному суду консуловъ и предсѣдателей консульскихъ судовъ подлежатъ только *нарушенія* (ст. 186); для разбора *проступковъ* компетентны только консульскіе суды въ Константинополѣ, Смирнѣ и Александріи (ст. 189). Проступки же, совершенные въ другихъ округахъ и всѣ вообще *преступленія*,

совершенныя греками въ Турціи, подсудны судамъ метрополіи (ст. 188). Апелляціонная и кассаціонная инстанціи въ Аѳинахъ (ст. 197 и 198).

Обязанности судебныхъ слѣдователей возлагаются на консуловъ (генеральныхъ, простыхъ и вице-консуловъ) въ предѣлахъ ихъ округовъ (ст. 200). Въ случаѣ обремененности консула дѣлами, онъ можетъ, однако, ходатайствовать предъ Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ о назначеніи королевскимъ указомъ *особаго* слѣдователя изъ числа проживающихъ въ округѣ именитыхъ грековъ (ст. 211).

Въ Константинополѣ обязанности слѣдователя исполняетъ платный судья, въ Александріи и Смирнѣ младшій изъ судей, въ случаѣ ихъ отсутствія или какихъ либо препятствій, ихъ замѣняетъ генеральный консулъ, который въ этомъ случаѣ не можетъ, однако, исполнять одновременно и обязанности прокурора (ст. 212). Консулы, мѣсто пребываніе коихъ находится въ предѣлахъ округовъ трехъ консульскихъ судовъ, несутъ обязанности слѣдователей наравнѣ съ прочими консулами, каждый въ своемъ консульскомъ округѣ (ст. 213). Въ случаѣ надобности и по соглашенію между Министрами Иностранныхъ Дѣлъ и Юстиціи обязанности слѣдователя въ Турціи могутъ быть поручены чиновнику одного изъ этихъ министерствъ; чиновникъ этотъ назначается королевскимъ указомъ (ст. 214).

Обязанности *прокурора* въ Константинополѣ лежатъ на начальникѣ консульской канцеляріи при греческой миссіи въ Турціи, въ Александріи и Смирнѣ на генеральныхъ консулахъ или на ихъ законныхъ замѣстителяхъ (ст. 191).

Консульскій законъ обнаруживаетъ большую заботливость объ организаціи *защиты* (ст. 144—145). Къ веденію гражданскихъ и торговыхъ дѣлъ въ консульскихъ судахъ допускаются только: 1) доктора или лиценціаты правъ греческаго или другого университета; 2) лица, исполнявшія не менѣе 2 лѣтъ обязанности прокурора или судьи I инстанціи въ Греціи; 3) лица, исполнявшія адвокатскія обязанности при какомъ нибудь консульскомъ судѣ въ теченіе 10 лѣтъ до изданія закона. Эти условія не требуются, впрочемъ, въ окру-

гахъ, гдѣ имѣется меньше 5 адвокатовъ. Могутъ быть допущены къ защитѣ въ греческихъ консульскихъ судахъ и иностранцы, если они получили высшее юридическое образованіе и по законамъ своей страны имѣютъ право выступать въ собственныхъ консульскихъ судахъ. Вопросъ о допущеніи кого нибудь къ отправленію адвокатскихъ обязанностей при консульскомъ судѣ рѣшается этимъ судомъ, притомъ безапеляціонно.

ВТОРОЙ ОТДѢЛЪ.

Гражданская и торговая юрисдикція.

I. О подсудности консульскимъ судамъ гражданскихъ и торговыхъ дѣлъ.

1. Личная подсудность.

А. *Дѣла между подданными одной націи.*

§ 1. Между подданными въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Компетентность иностранныхъ консуловъ для разбирательства споровъ между ихъ соотечественниками настолько ясно выражена въ капитуляціяхъ, что никогда не оспаривалась турецкимъ правительствомъ. Такъ конецъ 26 ст. *французской* капитуляціи 1740 года гласитъ: „Въ случаѣ споровъ между французами, послы и консула разбираютъ ихъ по своимъ обычаямъ, и никто не долженъ этому препятствовать“ [1]). Въ 63 ст. *русской* капитуляціи 1783 года читаемъ: „Есть ли же споръ случится между одними Россійскими поддан-

[1]) При ссылкахъ на капитуляціи мы постоянно свѣряемъ французскій и турецкій тексты и указываемъ замѣченныя противорѣчія. *Турецкій* текстъ капитуляцій изданъ въ 1294 году Гиджры Турецкимъ правительствомъ подъ титуломъ: „*Муахэдатъ Меджмуасы*“ (сборникъ трактатовъ) въ 5 томахъ съ *французскимъ* текстомъ, удобнѣе всего знакомиться по Aristarchi (Législation Ottomane, Volume IV) и Gabriel Effendi Narodounghian (Recueil d'actes internationaux de l'Empire Ottoman, 4 volumes). *Русскія* капитуляціи отпечатаны у *Юзефовича*, Договоры Россіи съ Востокомъ.



ными, то посланникъ ихъ, при блистательной Портѣ находящійся, или консулы ихъ могутъ разсматривать и рѣшать оный по Россійскимъ законамъ и обычаямъ; въ чемъ никто имъ препятствовать и противиться не долженъ".

Въ такихъ же приблизительно выраженіяхъ составлены 5 ст. *австрійской* капитуляціи 1718 года, 18 ст. *венеціанской* 1718 г. и 6 ст. *тосканской* (1248 г.).—6 ст. *датской* капитуляціи 1746 г. и 6 ст. *голландской* 1680 г. говорятъ опредѣленнѣе, что въ дѣла иностранцевъ между собою не должны вмѣшиваться *кадіи* и другіе турецкіе чиновники. Еще энергичнѣе выражаются 6 ст. *шведской* капитуляціи 1737 г. и 16 ст. *англійской*, которыя подчеркиваютъ, что дѣла между иностранцами рѣшаются *всегда* на основаніи обычаевъ ихъ. Нѣкоторыя капитуляціи выражаются, правда, слабѣе: 5 ст. *неаполитанской* 1740 г. и 5 ст. *испанской* 1782 г. только говорятъ, что консуламъ *дозволяется* разбирать дѣла своихъ соотечественниковъ; а одна капитуляція *прусская* (ст. 5) даже постановляетъ, что турецкіе судьи не могутъ вмѣшаться только до тѣхъ поръ, *пока* прусскіе подданные не обратятся къ нимъ добровольно. Но такъ какъ права наиболѣе благопріятствуемой націи въ Турціи принадлежатъ въ силу тѣхъ же капитуляцій всѣмъ державамъ, то очевидно, что *некомпетентность турецкихъ судовъ для разбора дѣлъ между иностранцами одной націи не факультативна, а абсолютна*, т. е. не зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ.

Иностранные *консульскіе уставы* единогласно установляютъ компетенцію консульскихъ судовъ для разбора тяжбъ между соотечественниками [1]). Что же касается *обязательности* этого подчиненія для иностранцевъ, то она особо оговорена лишь во 2 ст. французскаго эдикта 1778 года. Статья эта категорически запрещаетъ французскимъ подданнымъ привлекать своихъ соотечественниковъ къ иностранному суду, грозя

[1]) Такъ постановляютъ 1 ст. французскаго эдикта (см. текстъ у Disleге et Moüy p. 321) 1778 года; 5 ст. англійскаго Order in Council 1899 года; 2 ст. германскаго закона 7 апрѣля 1900 года; 77 ст. итальянскаго закона 1866 года; 1 ст. австрійскаго указа 31 марта 1855 года и 1 ст. австрійскаго закона 30 августа 1891 года; 130 ст. греческаго закона 1877 года.



за ослушаніе штрафомъ и взысканіемъ убытковъ, понесенныхъ осужденнымъ отвѣтчикомъ [1]). Другія законодательства менѣе категоричны. *Австрійскій* указъ 31 марта 1855 г. (ст. 10) запрещаетъ австрійскимъ подданнымъ подчиняться иностранной консульской юрисдикціи только въ тѣхъ мѣстностяхъ Оттоманской Имперіи, гдѣ имѣются австрійскія консульства, а законъ 1891 г. (ст. 1) не высказывается относительно обязательности австрійской юрисдикціи. Точно также не регулируютъ этого вопроса итальянское, германское и англійское законодательства. Новый *германскій* законъ 1900 г. (ст. 1) даетъ Императору право отмѣнять съ согласія союзнаго совѣта, консульскую юрисдикцію въ извѣстныхъ областяхъ и относительно извѣстныхъ юридическихъ отношеній [2]). Мы можемъ, однако, засвидѣтельствовать, что на практикѣ консульскіе суда считаютъ свою компетенцію для рѣшенія дѣлъ между соотечественниками исключительною [3]), какъ то слѣдуетъ изъ капитуляцій.

Наряду съ физическими лицами консульской юрисдикціи подлежатъ и *юридическія*, признанныя національными. Положеніе юридическихъ лицъ разработано очень подробно германскимъ консульскимъ закономъ 1900 года (§ 2). Законъ этотъ приравниваетъ къ нѣмцамъ и подчиняетъ консульской юрисдикціи торговыя товарищества, зарегистрованныя общества (eingetragene Genossenschaften) и юридическія лица, главный центръ дѣятельности (Sitz) коихъ *въ Германіи* или германскомъ протекторатѣ, а также юридическія лица, образованныя постановленіемъ союзнаго совѣта (Bundesrath). Если, однако, въ составъ этихъ товариществъ, обществъ и лицъ

---

[1]) Это постановленіе, не дѣйствующее уже на западѣ, осталось въ силѣ для Востока. Такъ рѣшено „Instruction Générale du 8 août 1814 pour les consuls de France en pays étrangers" и приговоромъ Экскаго суда отъ 7 сентября 1844 г. См. Diolere et Moüy p. 75.

[2]) Въ *мотивахъ* это объясняется началомъ *взаимности*, такъ какъ приходится иногда подчинять иностранцевъ *германской* юрисдикціи, напр. въ вопросахъ, касающихся ихъ отношеній къ германскимъ обществамъ, членами коихъ они состоятъ. Entwurf p. 14.

[3]) Ср. Hall l. c. p. 147; Ф. Ф. Мартенсъ, стр. 335.



входятъ иностранцы, то имперскій канцлеръ *можетъ изъять* ихъ изъ консульской юрисдикціи. Полныя (offene) и коммандитныя товарищества, центръ которыхъ (Sitz) въ какомъ-либо *консульскомъ округѣ*, подлежатъ консульскому суду только въ случаѣ, если всѣ лично отвѣчающіе товарищи-нѣмцы; смѣшанныя же общества (изъ нѣмцевъ и иностранцевъ) только *могутъ быть подчинены* нѣмецкой юрисдикціи въ силу распоряженія имперскаго канцлера [1]).

§ 2. *Дѣла между покровительствуемыми* (protégés) [2]).

Прежде чѣмъ говорить о юрисдикціи консульскихъ судовъ надъ покровительствуемыми, необходимо предпослать нѣсколько словъ о возникновеніи оригинальнаго института покровительства (protection) на Оттоманской территоріи. При этомъ необходимо различать покровительство *гражданское* и *религіозное*. Гражданское покровительство, въ свою очередь, представляется въ двоякомъ видѣ, смотря потому, оказывается ли оно иностранцамъ другихъ націй, или же туземцамъ—турецкимъ подданнымъ.

Покровительство иностранцамъ другихъ націй возникло съ первыхъ временъ существованія Оттоманской Имперіи. Старыя французскія капитуляціи ставятъ всѣхъ иностранцевъ, правительства коихъ не представлены при Портѣ, подъ исключительное покровительство Франціи, подъ флагомъ которой они только и могли торговать въ Турціи (капитуляціи 1597, 1604, 1673, 1740). Однако со временемъ это исключительное право Франціи вытѣснилось обычаемъ, и въ настоящее время подданные государствъ, не представленныхъ

---

[1]) См. разъясненіе этой несовсѣмъ ясной статьи въ Entwurf etc p. 17, гдѣ широкая правительственная прерогатива мотивируется необходимостью сообразоваться съ наличностью германскихъ интересовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

[2]) При составленіи этого очерка мы пользовались: Francis Rey, La protection Diplomatique et Conoulaire dans les Echelles du Levant et de Barbarie, Paris 1899; Pélissié du Rausas, Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman II (1905) p.p. 1—175; Georges Younes, Corp de Droit Ottoman 1905 Vol. II p. 230—238; Aristarchi Législation Ottomane, Tome 4, p. 15, Règlement relatif aux Consulats Etrangers.



при Портѣ (постоянно или временно, по случаю войны) могутъ находиться подъ покровительствомъ любой державы. Во время послѣдней греко-турецкой войны, покровительство надъ греческими подданными въ Турціи упражнялось совмѣстно съ Россіей, Франціей и Англіей. Точно также Франція дѣлитъ съ Германіею и Италіей право покровительства надъ подданными Швейцаріи, не имѣющей представительства въ Турціи [1]).

Переходимъ *къ покровительствуемымъ турецко-подданнымъ*. Съ первыхъ же временъ своихъ оффиціальныхъ сношеній съ Портой европейскія государства почувствовали необходимость въ цѣломъ штатѣ лицъ, могущихъ обезпечить правильное и безопасное отправленіе посольствами и консульствами ихъ сложныхъ и отвѣтственныхъ обязанностей. Понадобились драгоманы (переводчики), консульскіе агенты, оказалось необходимымъ окружить европейскихъ представителей надежными тѣлохранителями и слугами. Всѣ эти лица набирались изъ туземцевъ, какъ наиболѣе отвѣчающихъ мѣстнымъ требованіямъ; поэтому вполнѣ понятно было принять мѣры къ огражденію этихъ лицъ отъ мстительности турокъ, не разъ вымещавшихъ свою злобу на туземныхъ агентахъ посольствъ [2]). И вотъ капитуляціи, начиная съ конца XVII вѣка, начинаютъ выговаривать покровительство для туземцевъ-драгомановъ, кавасовъ (военныхъ слугъ), консульскихъ агентовъ, уравнивая ихъ по привилегіямъ и преимуществамъ съ подданными націи, которой онѣ служатъ.

Такое справедливое пріобщеніе туземныхъ агентовъ посольствъ и консульствъ къ капитуляціонному режиму повело, однако, съ теченіемъ времени къ огромнымъ злоупотребленіямъ со стороны иностранцевъ. Иностранные послы стали

---

[1]) Экскій судъ (Cour d'Aix) рѣшилъ даже (4 марта 1896 г.), что французскіе консула не имѣютъ болѣе юрисдикціи надъ тѣми иностранцами, которые не находятся ни подъ чьимъ покровительствомъ и отечество коихъ не представлено въ Оттоманской Имперіи; такія лица подсудны мѣстнымъ судамъ. См. у Pélissié du Rausas II p. 19. Этотъ авторъ сильно критикуетъ, однако, это рѣшеніе, полагая, что въ этомъ случаѣ возстановляется право Франціи на покровительство, основанное на ясномъ текстѣ капитуляцій.

[2]) Нѣсколько туземцевъ-драгомановъ было повѣшено турками еще въ началѣ XVII вѣка.



торговать драгоманскими бератами (турецкія грамоты, утверждающія драгомановъ въ должности), оставшимися у нихъ послѣ смерти драгомана или выхода его въ отставку; стали назначать чрезмѣрное число консульскихъ агентовъ и, наконецъ, стали выдавать, безъ всякаго участія Порты, различнымъ подданнымъ Порты „охранныя грамоты" (lettres de protection) или патенты, которые, сверхъ того, распространялись на семью протеже и объявлялись наслѣдственными. Такой порядокъ, благодаря которому, напр., въ пятидесятыхъ годахъ прошлаго вѣка изъ 300.000 такъ наз. греческихъ подданныхъ въ Турціи *половина* была создана греческими консульскими патентами, являлся, конечно, ненормальнымъ, и Порта неоднократно стремилась нарушить его. Это удалось ей, однако, лишь послѣ крымской войны. Съ согласія державъ она обнародовала 23 сефера 1280 года (августъ 1863) „*Регламентъ объ иностранныхъ консульствахъ*", дѣйствующій и въ настоящее время.

Регламентъ 1863 года ясно очерчиваетъ кругъ лицъ, которыя пользуются иностраннымъ покровительствомъ: это консульскіе агенты, драгоманы и кавасы (ясакджи) консульствъ (ст. 1, 6), а также драгоманы и представители иностранныхъ религіозныхъ миссій и монастырей (ст. 9) по одному отъ каждаго. Число „привилегированныхъ тюремныхъ чиновниковъ" консульствъ и религіозныхъ учрежденій ограничено закономъ; въ случаѣ необходимости число ихъ можетъ быть увеличено по соглашенію съ Портою. Туземные драгоманы утверждаются визиріальными письмами, а кавасы грамотами генералъ-губернаторовъ—валіевъ (ст. 3—4). Туземные слуги консуловъ покровительствомъ не пользуются (ст. 13). Что касается консульскихъ агентовъ, то регламентъ разрѣшаетъ только въ *крайнихъ случаяхъ* назначать ихъ изъ турецко-подданныхъ, всякій разъ по соглашенію съ Портою и только временно, пока не исчезнутъ чрезвычайныя обстоятельства, не позволившія назначить на этотъ постъ иностранца (ст. 6).

Покровительство, которымъ пользуются консульскіе агенты, драгоманы и кавасы изъ туземцевъ, носитъ *личный* и *временный* характеръ: оно не распространяется на семью и пре-

кращается оставленіемъ должности или смертью, такъ что не передаетъ никакихъ правъ по наслѣдству (ст. 5). Турецкоподданные, находящіеся на службѣ у иностранцевъ или ведущіе ихъ дѣла, никоимъ образомъ не ускользаютъ отъ турецкой юрисдикціи въ своихъ частныхъ дѣлахъ; только иностранные интересы, коихъ они являются представителями, пользуются иностраннымъ покровительствомъ (ст. 8—9). Права состоянія, вытекающія изъ покровительства, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть дарованы, какъ отличіе (à titre honorifique), будучи связаны съ должностью (ст. 11).

Нужно, однако, отмѣтить, что законъ 1863 года не имѣлъ обратной силы, и что, поэтому, всѣ protégés, до изданія этого закона принятые подъ иностранное покровительство, остались подъ нимъ со своими семьями, образовавъ разъ навсегда замкнутый классъ потомственныхъ protégés. Ихъ имѣетъ въ виду 5 ст. регламента, когда говоритъ о „protégés ordinaires“ въ отличіе отъ „protégés privilegiés“.

Какія же права принадлежатъ въ настоящее время классу „protégés civils“ въ Турціи въ области гражданской юстиціи?

На это отвѣчаетъ 5 статья регламента 1863, подтверждается старинное правило капитуляцій, всегда уравнивавшихъ въ отношеніи судебныхъ привилегій покровительствуемыхъ съ подданными державы-покровительницы. „Временные protégés, говоритъ статья, пользуются тѣми же правами, что и protégés обыкновенные (ordinaires)“.... и дальше: „привилегированные чиновники консульствъ пользуются всѣми привилегіями, которыя имъ даруютъ капитуляціи“ [1]). Итакъ, покровительствуемые, будь то иностранцы другихъ націй, или турецкоподданные, уравнены въ области гражданской юрисдикціи съ подданными покровительствующей державы.

Отъ покровительства гражданскаго (отдѣльнымъ лицамъ) нужно отличать покровительство *религіозное* [2]). Здѣсь, ко-

[1]) Что капитуляціи уравниваютъ въ отношеніи судебныхъ привилегій protégés съ подданными, слѣдуетъ, напр., изъ ст. 9, 15, 24, 42 *англійской* капитуляціи 1675 года; ст. 10 *датской* 1756 г.; ст. 65 и 72 *французской* капитуляціи 1740 г.; ст. 69 и 74 *русской* 1783 г. и пр.

[2]) См. подробныя изслѣдованія въ вышеупомянутыхъ трудахъ Rey и Pélissié du Rausas.



нечно, не мѣсто для подробнаго изслѣдованія этого явленія. Не касаясь пока Россіи, напомнимъ только объ общеизвѣстномъ протекторатѣ *Франціи* надъ католической религіею въ Оттоманской имперіи. Протекторатъ этотъ основанъ на французскихъ капитуляціяхъ, въ особенности на капитуляціи 1740 года. Договоры эти дали Франціи особое право покровительства надъ католическими духовными лицами (religieux francs) и учрежденіями безъ различія національности, въ предѣлахъ всей Имперіи. Права Франціи до извѣстной степени освящены Берлинскимъ трактатомъ [1]). Нужно, однако, замѣтить, что на практикѣ *исключительность* французскаго протектората поколеблена. Такъ, *Австрія* упражняетъ протекторатъ католическихъ интересовъ въ Албаніи, въ Рущукскомъ округѣ (въ Болгаріи), въ части Судана.

Насъ интересуетъ здѣсь, конечно, только вопросъ *юрисдикціи*. И въ этомъ отношеніи нужно различать религіозный протекторатъ надъ католическими общинами оттоманской и таковыми же иностранной національности. Въ виду ограничительнаго характера регламента 1863 г., объ изъятіяхъ первыхъ [2]) изъ территоріальной юрисдикціи не можетъ быть рѣчи; даруя церковнымъ миссіямъ и монастырямъ право имѣть привилегированныхъ драгомановъ и представителей, законъ называетъ эти учрежденія *иностранными*. Такова и практика, такъ рѣшилъ, между прочимъ, и *Александрійскій* смѣшанный апелляціонный судъ (25 ноября 1896), признавъ, что протекторатъ Франціи надъ католическими общинами оттоманской національности чисто политическаго свойства и никогда не выражался въ правѣ юрисдикціи надъ лицами или имуществомъ этихъ общинъ [3]).

Что же касается католическихъ общинъ не-турецкихъ, то посколько въ Турціи существуетъ представительство ихъ

---

[1]) Ст. 62: Les droits Acquis a la France sont expressément réservés, et il est bien entendu qu'aucune atteinte ne saurait étre portée au statu quo dans les Lieux-Saints).

[2]) Т. е. общинъ армяно-католическихъ, греко-католическихъ, несторіанскихъ, халдейскихъ, сирійскихъ, маронитскихъ и пр.

[3]) Bey l. c. p. 486.

націей, онѣ, конечно, подчинены своей національной юрисдикціи, будь то французскія, германскія или австрійскія общины. Но помимо нихъ въ Турціи много религіозныхъ общинъ безъ опредѣленной національности—такъ наз. *Латинскія*. Сюда относятся общины, зависящія исключительно отъ Св. Престола и пополняющія свой составъ изъ лицъ всѣхъ національностей; между ними Латинскій Іерусалимскій патріархатъ, имѣющій даже особый флагъ. Юрисдикція надъ этими латинскими общинами принадлежитъ покровительствующей католической державѣ, т. е. до сихъ поръ, по общему правилу Франціи [1]).

Переходимъ теперь къ *консульскому законодательству* разныхъ государствъ.

Французское консульское законодательство не регулируетъ спеціально вопроса, ясно разрѣшеннаго и въ капитуляціяхъ и въ турецкомъ регламентѣ 1863 года. *Экскій* судъ (Cour d'Aix) двумя рѣшеніями отъ 11 мая и 10 іюня 1864 года твердо установилъ принципъ, что французскій *protégé* подчиненъ, въ области гражданской юстиціи, французской консульской юрисдикціи во всѣхъ ея инстанціяхъ (т. е. и аппеляціонной и кассаціонной во Франціи). Французскіе суды неизмѣнно слѣдуютъ этому началу [2]). Замѣтимъ еще, что суда, плавающія подъ флагомъ *Латинскаго Іерусалимскаго патріархата*, пользующіяся французскимъ покровительствомъ, подчинены наравнѣ съ французскими торговыми судами французской консульской юрисдикціи. На основаніи соглашенія Франціи со Св. Престоломъ Латинскій Іерусалимскій патріархатъ извѣщаетъ французское консульство въ Іерусалимѣ о каждомъ выданномъ имъ патентѣ на право поднятія Іерусалимскаго флага [3]).

Юридическое положеніе покровительствуемыхъ („Schutzgenossen") особенно подробно опредѣлено въ *германскомъ* правѣ. Еще 1 мая 1872 года особая инструкція регулировала по-

---

[1]) Ср. Pélissié du Rausa II p. 163—175.
[2]) Pélissié du Rausa l. c. II p. 46.
[3]) Pélissié II p. 141—143.



рядокъ поступленія подъ германское покровительство [1]). 2 ст. консульскаго закона 7 апрѣля 1900 г. подчинила германской консульской юрисдикціи кромѣ нѣмцевъ: „иностранцевъ, поскольку они въ своихъ правовыхъ отношеніяхъ поставлены подъ германское покровительство указомъ Имперскаго Канцлера или на основаніи таковаго (покровительствуемыхъ)". Въ виду этой статьи, Имперскій Канцлеръ издалъ 27 октября 1900 г. указъ „о консульской юрисдикціи надъ покровительствуемыми" [2]).

По Инструкціи 1872 года покровительство германскихъ консульствъ пріобрѣтается иностранцами либо на основаніи международныхъ договоровъ, либо *de facto*, въ видѣ льготы (§ 1) (Vergünstigung), притомъ въ томъ и въ другомъ случаѣ на основаніи сдѣланнаго консулу заявленія.—„De facto" подданными могутъ стать: 1) бывшіе германцы и ихъ потомство, 2) германцы, не имѣющіе правъ на покровительство по договорамъ, 3) драгоманы, кавасы, ясакджи и другіе низшіе чиновники посольствъ и консульствъ и 4) семьи этихъ лицъ (3), а также лица, раньше занимавшія такія должности (§ 3).

Всѣ эти разряды принимаются подъ покровительство консуломъ, который заноситъ ихъ въ свои регистры, причемъ для первыхъ двухъ разрядовъ требуется кромѣ того согласіе германскаго посла (§§ 2, 5, 13), для третьяго—согласіе національныхъ властей, а для четвертаго—согласіе посла *и* упомянутыхъ властей (§§ 14 и 15). Лица, находящіяся подъ иностраннымъ покровительствомъ, не могутъ быть приняты подъ германское (§ 17). Покровительство консула прекращается: 1) смертью покровительствуемаго, 2) переходомъ въ исламъ, 3) окончательнымъ оставленіемъ консульскаго округа.

На основаніи канцлерскаго указа отъ 27 октября 1900 г. гражданской консульской юрисдикціи подчинены: 1) *покровительствуемые бывшіе германцы*, ихъ жены, вдовы и потомство, а также не находящіеся подъ покровительствомъ бывшіе германцы, послѣдніе относительно юридическихъ отно-

---

[1]) См. Zorn, Consulargesetzgebung p. 308.

[2]) Zorn. p. 265.



шеній, возникшихъ до выхода изъ германскаго подданства, но только пока они не поступили въ подданство или подъ покровительство другой державы (§ 1 п. 1 и § 2 п. 1); 2) *покровительствуемые* подданные дружественныхъ Германіи державъ, однако, только въ тѣхъ округахъ, гдѣ не существуетъ консульства ихъ отечества (§ 1, п. 2, и § 5); 3) бывшіе и настоящіе *низшіе чиновники посольства и консульствъ* изъ иностранцевъ, ихъ жены и потомство (§ 1 п. 3); 4) Мароканскіе и Занзибарскіе подданные, ихъ жены и потомство (§ 1 п. 4 и 5); 5) *торговыя общества и товарищества*, признаваемыя на основаніи закона о консульской юрисдикціи (см. выше) иностранными, въ случаѣ если они занесены въ особый регистръ германскаго консульства (§ 2, п. 2). Это занесеніе допускается только въ трехъ случаяхъ: 1) если эти общества подчинились германской юрисдикціи въ своихъ статутахъ, 2) если они служатъ главнымъ образомъ интересамъ нѣмцевъ, 3) если они не угрожаютъ обще-германскимъ интересамъ. Жалобы на отказъ консула въ регистраціи обществъ подаются Имперскому Канцлеру. Съ другой стороны, Канцлеръ можетъ также предписать исключеніе общества изъ регистровъ консульства (§ 4).

По общему правилу, подчиненіе покровительствуемыхъ германской юрисдикціи продолжается, *по лишеніи ихъ покровительства*, лишь относительно начатыхъ до этого момента дѣлъ (rechtshängig). Но юридическія отношенія бывшихъ нѣмцевъ и иностранцевъ, возникшія до отпаденія покровительства, остаются подъ германскою защитою и послѣ этого отпаденія, независимо отъ литиспенденціи (Rechtshängigkeit), однако лишь пока бывшіе нѣмцы не пріобрѣтутъ подданства или покровительства другой державы, а иностранцы не потеряютъ своей національности или пока не будетъ учреждено въ округѣ консульство отечества этихъ иностранцевъ (§ 6).

Австрійское консульское законодательство считаетъ „покровительствуемыми“ (Schutzgenossen) и подчиняетъ австрійской гражданской юрисдикціи иностранцевъ, которые не находятся въ подданствѣ Оттоманской Имперіи и пользуются

консульской защитою на основаніи международныхъ договоровъ или обычаевъ (2 ст. импер. указа 29 января 1855 г.), По законамъ 1891 года „Schutzgenossen“ считаются de jure австрійскими, не венгерскими подданными; они могутъ, однако, при своемъ поступленіи подъ покровительство, заявить о подчиненіи венгерскому праву, въ каковомъ случаѣ они приравниваются къ венгерскимъ подданнымъ изъ Будапешта (ст. 12 австр. и ст. 11 венг. закона 1891 года).

По Order in Counsil 1899 года, *англійская* юрисдикція распространяется на иностранцевъ, которые по международнымъ договорамъ поставлены подъ покровительство Англіи (ст. 5). Понятіе „British subject“ включаетъ понятіе „British protected person“ (ст. 3), такъ что все сказанное ордеромъ о компетенціи консульскихъ судовъ относится и къ тѣмъ и къ другимъ. Только наслѣдственныя дѣла британскихъ покровительствуемыхъ изъ турецкихъ подданныхъ изъемлются изъ англійской юрисдикціи (ст. 109 § 4).

Покровительствомъ пользуются также иностранцы, входящіе въ составъ экипажа англійскаго судна, находящагося въ Оттоманскомъ порту, относительно гражданскихъ дѣлъ, возникшихъ либо на суднѣ, либо на берегу [1]).

§ 3. Юрисдикція надъ консульскими и дипломатическими агентами.

Консульскіе и дипломатическіе представители изъемлются обыкновенно изъ консульской юрисдикціи, въ которой принимаютъ слишкомъ близкое участіе, и подчиняются суду метрополіи [2]).

19 ст. IX титула *французскаго* морского ордонанса 1861 г. подчинила „частныя дѣла“ между французскими консулами и купцами суду Марсельскаго адмиралтейства; за упраздненіемъ этого судилища, французскіе консулы, а тѣмъ паче послы,

---

[1]) Hall, l. c. p. 141.

[2]) Мы не говоримъ здѣсь о неподсудности консульскимъ судамъ *иностранныхъ* дипломатическихъ агентовъ и иностранныхъ суверенов, такъ какъ здѣсь дѣйствуютъ, конечно, тѣ же правила, которыми руководствуются суды метрополіи.



подлежать теперь суду своего домициля во Франціи или же Сенскому суду [1]).

Германскій консульскій законъ (ст. 2) изъемлетъ всѣхъ нѣмцевъ *поскольку* [2]) они экстерриторіальны по общему международному праву, изъ консульской юрисдикціи. Объяснительная записка къ проекту закона [3]) относитъ сюда начальниковъ миссій, ихъ семьи, членовъ миссій и прислугу. Но на основаніи 15 ст. черм. уст. гражд. суд. слѣдуетъ сюда отнести и консуловъ, такъ какъ ею всѣ вообще чиновники Имперіи, служащіе за границей, подчиняются суду послѣдняго мѣстожительства на родинѣ, или, за отсутствіемъ таковаго, суду столицы Германскаго государства, котораго они подданные [4]).

Англійская консульская юрисдикція не распространяется на великобританскаго посла, его жилище и его имущество. Что же касается членовъ посольства и служащихъ при немъ, то компетенція консульскихъ судовъ можетъ упражняться только съ согласія посла, выраженнаго письменно (Order in Council 1899 art. 24). Объ изъятіяхъ въ пользу консуловъ Order in Council умалчиваетъ.

Австрійскій указъ 31 марта 1855 года (ст. 9) установилъ слѣдующій порядокъ. Гражданскіе иски противъ консуловъ, подсудные по общимъ правиламъ судамъ, въ коихъ они предсѣдательствуютъ, вчинаются въ австрійскомъ земскомъ судѣ (Landgericht), дѣйствующемъ въ мѣстонахожденіи апелляціоннаго суда (Oberlandesgericht), которому подчиненъ данный консульскій судъ. Иски противъ вице-консуловъ и консульскихъ агентовъ, по дѣламъ, относящимся къ ихъ компетенціи, вчинаются въ консульскомъ судѣ, которому они подчинены. Иски же консуловъ къ лицамъ, подлежащимъ

---

[1]) Pélissié du Rausas, p. 485 и сл.

[2]) Это „поскольку" — „soweit" указываетъ, какъ мы читаемъ въ объяснительной запискѣ, на подчиненіе экстерриторіальныхъ лицъ консульской юрисдикціи въ дѣлахъ о недвижимостяхъ, стр. 15—16.

[3]) Стр. 15.

[4]) Въ силу той же статьи эти постановленія не касаются выборныхъ консуловъ (Wahl konsules).



ихъ юрисдикціи или юрисдикція подчиненныхъ консульскихъ судовъ, предъявляются въ ближайшемъ безпристрастномъ (unbefangen) консульскомъ судѣ.

В. Дѣла между подданными разныхъ иностранныхъ государствъ.

§ 1. Подсудность консульскимъ судамъ тяжбъ между иностранцами *разныхъ* націй основана на 52 ст. французской капитуляціи 1740 года и на 58 ст. русскаго торговаго договора 1783 года. Турецкіе тексты обѣихъ статей почти тождественны. Русскій текстъ гласитъ:

„Консулы и купцы Россійскіе, имѣющіе споръ съ консулами и купцами другого христіанскаго народа, могутъ оправдаться предъ Россійскимъ при Портѣ находящимся посланникомъ, есть ли обѣ спорющіяся стороны на то согласны. Когда же не пожелаютъ они, чтобъ ихъ спорное дѣло отдано было на разсмотрѣніе пашамъ, кадіямъ, офицерамъ и таможеннымъ турецкимъ управителямъ, то сіи послѣдніе къ тому принуждать ихъ не могутъ и въ дѣла ихъ безъ согласія обѣихъ сторонъ вступаться отнюдь не должны“.

Какъ мы увидимъ ниже, Порта очень настойчиво оспариваетъ компетенцію консульскихъ судовъ въ *уголовныхъ* дѣлахъ между подданными разныхъ націй; но въ то же время она вполнѣ признаетъ подсудность этимъ судамъ смѣшанныхъ *гражданскихъ* дѣлъ, которыя одни по ея мнѣнію, и имѣются въ виду французскою и русскою капитуляціею [1]). Изъ текста разбираемыхъ капитуляцій слѣдуетъ, однако, что эта признаваемая Портою подсудность носитъ не обязательный, а *факультативный* характеръ. Во—первыхъ, консульскіе суды компетентны лишь съ согласія сторонъ; во-вторыхъ, и турецкіе суды могутъ объявить себя компетентными, если

---

[1]) См. напр. *циркулярныя ноты Порты* посольствамъ отъ 2 іюля 1890 и 17 апрѣля 1891 года; точно также Mémoire XX, поданный Портой шести посламъ назначенными третейскими судьями по вопросу о греко-турецкой консульской, конвенціи (1900—1901).



того пожелаютъ стороны. Этотъ порядокъ значительно отличается отъ введеннаго для дѣлъ между иностранцами одной націи.

Что касается *консульскихъ законовъ*, то по *буквальному* смыслу 1 ст. *французскаго* эдикта 1778 года, французскіе консульскіе суды компетентны для разбора дѣлъ между одними только французами. Въ пользу такого толкованія цитируютъ иногда рѣшеніе Экской аппеляціонной палаты отъ 21 іюня 1856 года, однако неосновательно, такъ какъ это рѣшеніе установило только неподсудность французскому суду исковъ французовъ противъ иностранцевъ; иски же иностранцевъ противъ французовъ неоднократно относились Экской палатой къ компетенціи французскаго консульскаго суда [1]).

Итальянскій уставъ выражается общимъ образомъ: „консула судятъ *всѣ* дѣла, которыя подлежатъ имъ по законамъ, договорамъ и обычаямъ“ (ст. 76 уст. 1866 года). Въ *австрійскомъ* правѣ мы находимъ указаніе, что сдѣлки, заключенныя подданными *иностранныхъ* государствъ съ австрійцами обсуждаются, за извѣстными исключеніями, по австрійскому праву (ст. 9 указа 29 января 1855 г.). Новый *германскій* законъ безмолвствуетъ. И только въ *греческомъ* и *англійскомъ* консульскомъ законодательствѣ мы находимъ опредѣленное рѣшеніе занимающаго насъ вопроса.

По ст. 129 греческаго устава „дѣла между греками, жительствующими въ этихъ странахъ, и подданными другихъ державъ, въ коихъ греки являются отвѣтчиками, судятся по греческимъ законамъ и по правиламъ, ниже указаннымъ для дѣлъ между греками, посколько обычаи и договоры этому не препятствуютъ“...

Самымъ подробнымъ и предусмотрительнымъ образомъ юрисдикція между иностранцами разныхъ націй регулирована *англійскимъ* законодательствомъ [2]).

---

[1]) См. у Pélissié du Rauxas p. 416 списокъ рѣшеній, постановленныхъ французскими консульскими судами по искамъ иностранцевъ противъ французовъ. Ср. также Ф. Ф. Мартенсъ, стр. 375. Dislere et Moüy p. 80.

[2]) Order in Council 1899, ст. 150—152.



Компетенція англійскаго консульскаго суда распространяется не только на дѣла, въ коихъ англичане являются отвѣтчиками, но и на тѣ, въ которыхъ они выступаютъ истцами. Но и въ томъ и въ другомъ случаѣ компетентность суда зависитъ отъ выполненія *иностранцемъ* извѣстныхъ условій. А именно, онъ долженъ, по требованію суда, представить разрѣшеніе отъ своей отечественной власти на подчиненіе юрисдикціи суда, а также обезпечить (внесеніемъ залога или инымъ способомъ) уплату судебныхъ пошлинъ и исполненіе всякаго рѣшенія какъ суда, такъ и аппеляціонной инстанціи.

Принимая искъ иностранца противъ англичанина, консульскій судъ можетъ обязать его отвѣчать на всѣ встрѣчные иски. Но эти иски вчинаются не иначе, какъ съ разрѣшенія суда, который не долженъ допускать ихъ, если они имѣютъ только цѣлью затормозить дѣло. По окончаніи же процесса, англичанинъ отвѣтчикъ можетъ во всякомъ случаѣ вчинить искъ въ консульскомъ судѣ противъ бывшаго своего истца-иностранца, въ такомъ случаѣ судъ можетъ пріостановить исполненіе приговора по первому дѣлу до разбора второго, для сохраненія возможности зачета (ст. 150) [1].

Устанавливая такимъ образомъ свою компетенцію для разсмотрѣнія смѣшанныхъ дѣлъ, англійскій законъ признаетъ также соотвѣтствующую компетенцію иностранныхъ консульскихъ судовъ. Если британскій подданный (истецъ или отвѣтчикъ) письменно обяжется подчиниться рѣшенію иностраннаго суда или уплатить всѣ судебныя пошлины и издержки, то англійскій судъ взыскиваетъ на общемъ основаніи, т. е. какъ будто онѣ были наложены имъ самимъ и выплачиваетъ ихъ иностраннымъ властямъ (ст. 152). Судъ можетъ также приказать британскому подданному явиться въ иностранный судъ для дачи свидѣтельскихъ показаній (ст. 151).

[1]) Консульскій судъ судитъ смѣшанныя дѣла либо самостоятельно, либо съ привлеченіемъ ассесоровъ или присяжныхъ, если сочтетъ то нужнымъ *или если того пожелаютъ всѣ стороны*. Во всемъ остальномъ соблюдаются общія правила судопроизводства (ст. 150).



Если мы теперь обратимся къ *консульской судебной практикѣ*, то мы можемъ констатировать, что она вообще не идетъ такъ далеко, какъ англійскій законъ и признаетъ компетенцію консульскаго суда отвѣтчика, но не истца. Такъ, напр., въ *русскихъ* консульскихъ судебныхъ коммисіяхъ въ Константинополѣ постоянно разбираются иски, вчиненные иностранцами всѣхъ націй противъ русскихъ отвѣтчиковъ, причемъ всѣ эти истцы представляютъ разрѣшеніе отъ своихъ консуловъ на подчиненіе русской юридикціи [1]).

§ 2. Мы должны упомянуть теперь о *второй* системѣ разбирательства гражданскихъ и торговыхъ дѣлъ между иностранцами разныхъ націй, системѣ *смѣшанныхъ судебныхъ коммисій*. Эти коммисіи встрѣчались на практикѣ уже давно, но юридическое возникновеніе ихъ относятъ обыкновенно къ 1820 году, когда, въ Константинополѣ была будто бы заключена „словесная конвенція" между Россіею, Франціею, Англіею и Австріею, къ которой молчаливо примкнули и другія державы [2]).

Этимъ таинственнымъ дипломатическимъ актомъ установлены будто бы начала, которыми смѣшанныя коммисіи руководились на практикѣ. Начала эти слѣдующія.

Смѣшанная коммисія не есть постоянное учрежденіе, а образуется спеціально для каждаго новаго дѣла. Она созывается и организуется *посольствомъ отвѣтчика*, которое и назначаетъ двухъ судей, предоставляя назначеніе третьяго посольству истца. Смѣшанная коммисія является судомъ первой инстанціи, постановляющимъ свои рѣшенія по большинству голосовъ; рѣшенія эти исполняются, однако, не раньше

---

[1]) Такъ русскія консульскія коммисіи разсмотрѣли дѣла: *англійскаго* судна „Wykeham" противъ русскаго „Нахимовъ" 1884; Талассо *(итальянца)* противъ Шабурова 1884; Хадни Керима Аги *(перса)* противъ Али-Экбера 1894; *Сацилли (француза)* противъ Бустроса 1896; *австрійскаго* судна „Margo" противъ „Костромы" 1889; Музала *(грека)* противъ авалана 1889; Азаріана *(американца)* противъ Экизнера 1887; Толедо *(испанца)* противъ Айваза 1892; *румынскаго* судна „Romania" противъ „Азова" 1899; Ланца *(нѣмца)* противъ Карадагли 1900 и мн. др.

[2]) Ф. Ф. Мартенсъ стр. 380 и сл.; Pélissié du Rausas p. 411 ss; Dislère et Maÿy p. 83 ss.



утвержденія консульскимъ судомъ отвѣтчика. Апелляціонныя же жалобы подаются въ судъ, являющійся второй инстанціей для консульскаго суда *аппелятора* (будь то отвѣтчикъ или истецъ).

Какъ уже сказано, неизвѣстно, была ли на самомъ дѣлѣ заключена конвенція 1820 года. Во всякомъ случаѣ, смѣшанныя коммисіи дѣйствовали въ Константинополѣ около полстолѣтія [1]). Но въ 1864 году *Экскій* судъ постановилъ, что юрисдикція смѣшанныхъ коммисій не можетъ считаться *обязательной* для французовъ, такъ какъ пресловутая конвенція 1820 г. не имѣетъ никакой санкціи и не доказана никакимъ письменнымъ актомъ и хотя нѣтъ сомнѣнія, что тезисы Экскаго суда отрицающіе силу имъ-же констатированнаго обычая, очень спорны, тѣмъ не менѣе это рѣшеніе подорвало авторитетъ смѣшанныхъ коммисій на Востокѣ. На основаніи собственныхъ наблюденій [2]), мы вполнѣ подтверждаемъ заявленіе Пелиссье-дю-Роза, что смѣшанныя коммисіи не пережили постановленія Экскаго суда, лишившаго ихъ легальнаго существованія [3]). Въ настоящее время и въ Константинополѣ и въ провинціи въ смѣшанныхъ дѣлахъ между иностранцами компетентнымъ является исключительно консульскій судъ отвѣтчика.

C. Дѣла между иностранцами и турками.

По общеизвѣстному принципу капитуляцій гражданскіе и торговые процессы, возникающіе между иностранцами и турецко-подданными, относятся къ компетенціи *турецкихъ* судовъ [4]), которые слушаютъ эти смѣшанныя дѣла въ присутствіи иностранныхъ драгомановъ.

---

[1]) Въ провинціи онѣ, повидимому не учреждались, что и понятно, онѣ созывались главнымъ образомъ для того, чтобы освободить пословъ, предсѣдательствовавшихъ тогда въ консульскихъ судахъ, отъ лишней работы. См. Pélissié p. 416.

[2]) Авторъ былъ неоднократно членомъ русскихъ консульскихъ судебныхъ коммисій.

[3]) Pélissié p. 413.

[4]) Ст. 36 голландской капитуляціи 1680 г.; ст. 15 англійской 1675; ст. 5



Консульскіе суды являются, поэтому, некомпетентными для разбора процессовъ этого рода. Правда, въ консульской судебной практикѣ нѣкоторое время по этому вопросу замѣчалось колебаніе [1]). Но въ настоящее время можно считать установившимся взглядъ, что некомпетентность консульскихъ судовъ для разсмотрѣнія исковъ турокъ къ иностранцамъ, какъ вытекающая изъ капитуляцій, абсолютна, и не исчезаетъ по желанію истца—турецко-подданнаго; въ самомъ дѣлѣ, компетенція турецкихъ судовъ въ смѣшанныхъ процессахъ не есть прерогатива частныхъ лицъ, отъ которой они могутъ отказываться, но прерогатива турецкаго суверенитета. Поэтому консульскіе суды могутъ принимать иски турокъ къ иностранцамъ лишь съ согласія самого турецкаго правительства.

австрійской 1718; ст. 18 венеціанской 1718; ст. 26 французской 1740; ст. 5 прусской 1761; ст. 10 датской 1756; ст. 5 испанской 1783; ст. 6 шведской 1737; ст. 5 неаполитанской 1740; ст. 63 русской 1783; ст. 4 сѣверо-американской 1830; ст. 8 бельгійской 1839.

[1]) *Туринскій* апелляціонный судъ 29 апр. 1871 г. основываетъ на старинномъ обычаѣ право турокъ вчинать иски противъ итальянцевъ въ консульскихъ судахъ. Но *Итальянское* министерство иностранныхъ дѣлъ въ инструкціи 1873 г. Посольству въ Турціи высказало взглядъ, что компетенція итальянскаго консульскаго суда для разбора такихъ смѣшанныхъ дѣлъ должна быть основана на разрѣшеніи турецкой власти, и *Итальянскій консульскій судъ въ Константинополѣ* въ рѣшеніи отъ 31 янв. 1876 г. проводитъ тотъ же взглядъ, что оттоманскій подданный не можетъ частнымъ образомъ отказаться отъ турецкой юрисдикціи, которой онъ подлежитъ не въ силу личной привилегіи, а на основаніи суверенныхъ правъ Турціи, признанныхъ капитуляціями.

Точно также *Голландскій консульскій апелляціонный судъ въ Константинополѣ* въ рѣшеніи отъ 17 іюля 1872 г. говоритъ, что некомпетентность консульскихъ судовъ въ смѣшанныхъ гражданскихъ дѣлахъ абсолютна и относится къ публичному порядку, вытекая изъ капитуляцій; эта некомпетентность исчезаетъ только въ случаѣ разрѣшенія оттоманской компетентной власти.

Теорія абсолютной некомпетентности консульскихъ судовъ восторжествовала послѣ нѣкоторыхъ колебаній въ *австрійской* судебной практикѣ. *Вѣнскій кассаціонный судъ* рѣшеніемъ отъ 8 января 1884 года кассировалъ рѣшеніе Тріестской палаты, коимъ признавалась компетенція консульскихъ судовъ для разбора исковъ турокъ къ австрійскимъ подданнымъ. Кассаціонный судъ высказалъ при этомъ, что иски, предъявленные турками въ австрійскихъ консульскихъ судахъ, должны быть отклонены, какъ этимъ судамъ *неподсудные* (всѣ эти рѣшенія взяты нами у Salem, Journal du Droit International Privé 1891, статья: Les Etrangers devant les tribunaux Consulaires et nationaux en Turquie).

Эту консульскую судебную практику нужно признать совершенно правильною, тѣмъ болѣе, что державы не считаютъ *своихъ* подданныхъ въ правѣ частнымъ образомъ отказываться отъ капитуляціонныхъ преимуществъ имъ принадлежащихъ, напр., судиться въ турецкихъ судахъ въ случаяхъ споровъ съ другими иностранцами, или же отказываться отъ участія драгомана въ смѣшанныхъ процессахъ. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

2. Мѣстная подсудность.

§ 1. *Французскій* эдиктъ 1778 года не регулируетъ мѣстной подсудности [1]), а только вообще надѣляетъ консула юрисдикціей въ предѣлахъ округа. Консульская практика обыкновенно основываетъ подсудность на *мѣстѣ жительства отвѣтчика* въ особенности въ процессахъ, касающихся личныхъ правъ; но во многихъ случаяхъ довольствуется простымъ *мѣстопребываніемъ его*, а именно поскольку искъ основанъ на юридическихъ фактахъ, связанныхъ съ пребываніемъ отвѣтчика въ предѣлахъ консульскаго округа; въ торговыхъ дѣлахъ признается также forum loci contractus и loci solutionis; въ дѣлахъ торговыхъ обществъ компетентенъ судъ округа, въ которомъ дѣйствуютъ агентства и конторы ихъ [2]); дѣла о наслѣдствахъ подсудны суду послѣдняго домициля покойнаго, дѣла о несостоятельности суду мѣстожительства несостоятельнаго должника [3]). Домициль истца не вліяетъ на компетенцію; онъ можетъ жительствовать въ другомъ консульскомъ округѣ, или даже не въ Турціи.

§ 2. По старому *германскому* законодательству мѣстожительство или мѣстопребываніе въ предѣлахъ консульскаго округа было необходимымъ условіемъ компетентности консульскаго суда, вслѣдствіе чего нѣмцы, только владѣющіе

---

[1]) „Nos consuls connaitront en première instance des contestations, de quelque nature qu'elles soient, qui s'élèveront entre nos sujets négociants, navigateurs et autres, dans l'étendue de leurs consulats“ (ст. 1).

[2]) Только иски, касающіеся устава (consititution) вчиняются непремѣнно въ судѣ, въ округѣ котораго главное правленіе.

[3]) Ср. Мартенсъ, стр. 334 и сл.; Péllissié du Rausas, p. 280.



въ этихъ предѣлахъ имуществомъ, не подчинялись *никакой* юрисдикціи. Новый законъ 1900 года отказался отъ такого исключительнаго обоснованія компетенціи, такъ что въ настоящее время германскіе консульскіе суды примѣняютъ общія начала германскаго гражданскаго судопроизводства для опредѣленія мѣстной подсудности [1]). Въ силу этихъ правилъ иски вчинаются не только по мѣсту жительства или пребыванія отвѣтчика, но и въ судѣ мѣстонахожденія имущества, въ судѣ мѣстоисполненія договора, въ судѣ мѣстозаключенія ярмарочныхъ сдѣлокъ, въ судѣ послѣдняго мѣстожительства наслѣдодателя (ст. 12, 16, 23—32 уст. гражд. суд.).

§ 3. Въ *итальянскомъ* и *австрійскомъ* уставахъ вопросъ мѣстной подсудности не затронутъ.

§ 4. *Великобританскіе* подданные не могутъ пріобрѣтать въ Турціи юридическаго *„домициля“* [2]). Поэтому, по общему правилу, англійскіе консульскіе суды въ Турціи компетентны для разбора дѣлъ, въ которыхъ подсудность основана на одномъ *пребываніи* (residence) [3]).

Этимъ и объясняется, что 107 ст. Order in Council надѣляетъ Константинопольскій верховный судъ такою же властью надъ британскими подданными, какая принадлежитъ верховному суду въ Англіи [4]), *исключая* изъ его юрисдикціи только дѣла о расторженіи и ничтожности браковъ, которыя, какъ извѣстно, подсуды суду домициля [5]). Отсюда слѣдуетъ, что компетенція Константинопольскаго суда иногда основывается на одномъ пребываніи отвѣтчика въ Турціи (при личныхъ искахъ) [6]), а иногда не зависитъ даже отъ этого пребыванія, напр., въ случаѣ нарушенія въ Турціи договора, подлежавшаго тамъ же исполненію [7]). Впрочемъ § 2 пятой статьи Order of Council, прямо подчиняетъ англійской юрис-

---

[1]) См. объяснительную записку къ новому герм. закону, стр. 14—15.

[2]) Hall, p. 180 сл.

[3]) Hall, p. 188.

[4]) Ср. Dicey, Conflict of Lawes, Rules 43—64.

[5]) Dicey Rule 48.

[6]) Dicey, Rule 45.

[7]) Dicey, p. 248.

дикціи „имущество, личныя и вещныя права и обязательства британскихъ подданныхъ въ означенныхъ предѣлахъ, причемъ безразлично, пребываютъ ли въ нихъ (т. е. въ Турціи) сами эти подданные“ [1]).

Изъ другихъ статей слѣдуетъ, что англійская консульская юрисдикція въ дѣлахъ о несостоятельности (bankruptcy) распространяется на лицъ, живущихъ *или* ведущихъ дѣла въ Оттоманской Имперіи (ст. 105 Order); въ морскихъ дѣлахъ—на (британскія) суда и лица,—появляющіяся въ оттоманскихъ водахъ (ст. 106); въ наслѣдственыхъ дѣлахъ верховный Константинопольскій судъ надѣленъ компетенціей High Court (ст. 109) и, слѣдовательно, компетентенъ для выдачи letters of administration или probate, если покойный оставилъ *какое-нибудь* имущество въ Турціи, хотя бы и не жилъ тамъ [2]). Только компетенція провинціальныхъ судовъ обусловлена фактомъ жительства покойнаго въ судебномъ округѣ (ст. 109, § 2). Если же grant of probate или letter of administration касательно наслѣдства лица, умершаго домицилированнымъ въ Великобританіи, выданъ въ этой послѣдней странѣ, то верховный Константинопольскій судъ только регистрируетъ эти акты, и они также дѣйствительны относительно имущества покойнаго въ Турціи, какъ если-бы были выданы самимъ этимъ судомъ послѣ смерти наслѣдодателя въ Оттоманской Имперіи (ст. 111) [3]).

§ 5. *Греческій* законъ 1877 года (ст. 129 и 130) признаетъ компетенцію: 1) суда консульскаго округа, въ которомъ отвѣтчикъ имѣетъ постоянное пребываніе (мѣстожительство); 2) суда округа, гдѣ совершена сдѣлка и 3) суда округа, гдѣ она должна была быть исполнена.

---

[1]) Эта 5 статья не совсѣмъ согласована съ 107 ст. Какъ извѣстно, изъ правила, что отвѣтчикъ долженъ быть въ моментъ вчинанія иска въ странѣ и что ему лично должна быть вручена повѣстка, существуетъ только 8 исключеній. (См. Dicey, Rule. 46). 107 статья вводитъ для Турціи этотъ общій порядокъ, а 5-я, повидимому, *совсѣмъ* отмѣняетъ необходимость присутствія отвѣтчика.

[2]) Dicey, Rule, 62.

[3]) О разграниченіи компетенціи англійскихъ консульскихъ судовъ между собою см. ниже.

3. Предметная подсудность.

А. Предметная подсудность съ точки зрѣнія турецкаго права.

§ I. Въ дѣлахъ, касающихся недвижимостей.

Предметная компетенція консульскихъ судовъ ограничена турецкимъ закономъ 18 іюня 1867 года (7 Сефера 1284 г. Гиджры), предоставившимъ иностранцамъ право владѣнія недвижимостью въ предѣлахъ Оттоманской Имперіи. § 3 второй статьи этого закона гласитъ въ *турецкомъ* текстѣ: „Во всѣхъ вопросахъ, касающихся недвижимостей, и во всѣхъ касающихся этихъ недвижимостей процессахъ, иностранцы подсудны *судамъ Имперіи*, будь они истцы или отвѣтчики, и даже въ случаяхъ, когда обѣ стороны иностранцы; въ дѣлахъ, касающихся недвижимостей иностранцевъ національность ихъ не должна имѣть значенія, хотя привилегіи, которыя по капитуляціямъ выговорены въ пользу ихъ личности и движимаго имущества, остаются въ силѣ; на судѣ иностранцы имѣютъ тѣ же права и обязанности, и подчиняются тѣмъ же правиламъ, что и турецкіе подданные". *Французскій* текстъ этой статьи представляетъ значительныя отступленія; онъ объявляетъ компетентными не вообще суды Имперіи, а только *гражданскіе* (не церковные), и компетенцію эту ограничиваетъ спорами о *правѣ собственности* и *вещными исками* [1]).

Различная редакція французскаго и турецкаго текстовъ этой статьи вызвала нескончаемыя пререканія о подсудности

---

[1]) Art. 2. Les étrangers propriétaires d'immeubles urbains ou ruraux, sont en conséquence assimilés aux sujets ottomans, en tout ce qui concerne leurs biens immeubles.

Cette assimilation a pour effet légal:

. . . .

3°. De les rendre directement justiciables des tribunaux civils ottomans, pour toutes les questions relatives à la propriété foncière, et pour toutes actions réelles, tant comme demandeurs que comme défendeurs, même lorsque l'une et l'autre partie sont sujets étrangers; le tout au même titre, dans les mêmes conditions et dans les mêmes formes que les propriétaires ottomans, et sans qu'ils puissent en cette matière se prévaloir de leur nationalité pesonnelle; mais sous la réserve des immunités attachées à leur personne et à leurs biens meubles, aux termes des Traités



между консульскими и турецкими судами. Такъ, въ спорахъ, вытекающихъ изъ договора *найма*, турецкіе суды объявляютъ себя компетентными, хотя бы и собственникъ и наниматель недвижимости были иностранными подданными. Единственное отступленіе отъ принципа полнаго уравненія иностранцевъ съ турками допускается турецкими судами въ пользу иностранца-*нанимателя*, который судится ими при участіи драгомана; иностранецъ собственникъ въ процесахъ съ нанимателями не пользуется и этой льготой [1]). Консульскіе суды, наоборотъ, считаютъ себѣ подсудными иски объ уплатѣ наемной платы, а также иски о выселеніи, какъ *личные*. [2]).

Нужно, однако, замѣтить, что въ 1893 году состоялось

---

[1]) Циркуляръ Министерства Юстиціи 17 Зилкадъ 1297 Гиджры. (10 окт. 1880 г).

[2]) Рѣшеніе *французскаго* консульскаго суда въ *Смирнѣ*, по дѣлу Pallamary c. Summa, 3 іюля 1888 г.: „D'après les errements et la jurisprudence établis, le tribunal consulaire a qualité pous retenir et juger les différends qui peuvent se produire en matière de location ou fermage entre Français même si l'une des parties en cause est propriétaire“. Рѣшеніемъ *того же* суда отъ *22 сент. 1891 г.* наниматель Varèze приговоренъ къ уплатѣ собственнику Aliotti квартирной платы и къ очищенію занимаемаго имъ дома, подъ угрозой выселенія. —(Aliotti „Des Fransais en Turquie“ p. 154).—За компетенцію французскихъ судовъ въ дѣлахъ, возникающихъ между иностранцами изъ договора найма, также *французскій* консульскій судъ въ Константинополѣ (2 авг. 1872 г. подтверждено экскимъ судомъ 30 марта 1873 г. (journal du droit Intern. Privé 1889 г. p. 285). Тотъ же взглядъ проведенъ *австрійскимъ* консульскимъ судомъ въ *Салоникахъ* (по дѣлу Mallet-Filipovich) и *Англійскимъ* Верховнымъ судомъ въ Константинополѣ 18 окт. 1880 г. (по дѣлу между французской подданной Brigandias и англійскимъ подданнымъ Sorel) см. Salem Journal du Dr. Int. Privé 1893 p. 56.—*Итальянскій* консульскій судъ въ *Константинополѣ* 21 іюня *1901* года призналъ себя компетентнымъ для разсмотрѣнія иска объ уплатѣ квартирныхъ денегъ предъявленнаго англійской подданной Hamson къ итальянской подданной De-Sanctis-Durante. (Rivista di diritto internazionale Anno IV farc. 6).—*Англійскій* консулъ въ *Смирнѣ* нотою на имя Вали, отъ *31 декабря 1888 г.* настаиваетъ на правѣ англійскихъ консульскихъ судовъ разсматривать процессы, возникающіе изъ договора найма между иностранными подданными, въ коихъ англичане являются отвѣтчиками. (Alliotti, Des Français en Turquie p. 150). *Русская консульская судебная коммисія въ Константинополѣ* 28 окт. 1887 года признала себѣ подсуднымъ искъ, предъявленный американскимъ подданнымъ Азаріаномъ къ русскому подданному Энислеру и приговорила послѣдняго къ *выселенію* изъ занимаемой имъ квартиры (архивъ Россійскаго Ген. Консульства въ Константинополѣ).

соглашеніе между Портою и Державами (путемъ обмѣна нотъ), по которому признается право предсѣдателей гражданскихъ судовъ на изданіе постановленій о выселеніи нанимателей—иностранцевъ, при непремѣнномъ условіи участія драгомана въ „сокращенномъ производствѣ“ (procédure sommaire) въ порядкѣ 20 статьи турецкаго закона о наймѣ по дѣламъ этого рода [1]). Исполненіе рѣшенія предсѣдателя принадлежитъ, однако, консульской власти [2]). Переписка по этому дѣлу не содержитъ ограниченія компетенціи турецкихъ предсѣдателей случаями смѣшанныхъ процессовъ; нужно, поэтому, заключить, что соглашеніе касается и процессовъ о выселеніи между одними иностранцами.

Пререканія о подсудности вызываются также и другими касающимися недвижимостей, личными исками (actions personnelles immobilières). Такъ французскій консульскій судъ въ *Константинополѣ* двумя рѣшеніями отъ 17 іюля 1891 и 7 августа 1891 г. [3]) призналъ себя компетентнымъ для постановленія приговора, обязывающаго продавца недвижимости француза исполнить договоръ о продажѣ недвижимости другому французу, т. е. явиться къ компетентной турецкой власти (Дефтерханэ—управленіе кадастрами) для совершенія необходимыхъ формальностей [4]). Съ другой стороны, *французскій* консульскій судъ въ *Смирнѣ* 3 іюля 1888 г. призналъ себя некомпетентнымъ для рѣшенія вопроса объ утратѣ права выкупа (faculte de rachat) бывшимъ собственникомъ не-

[1]) Идентичная нота посольствъ, русская отъ 29 октября 1890 г. № 636; циркулярная нота Порты отъ 16 марта 1893 года № 4166/28.

[2]) Идентичная нота державъ; русская отъ 4/16 мая 1890 г. № 279.

[3]) Journal du Droit International Privé p. 61—63, 1893.

[4]) La loi du 7 Sefer 1284, говорится въ первомъ рѣшеніи: „n'a pu modifier Compétence des tribunaux consulaires pour les questions qui ne touchent pas au régime de la propriété en Turquie; que dès lors cette compétence subsiste jusqu'au moment où les parties ont à se présenter, en vertu de leurs accords, devant l'administration ottomane pour lui faire opérer le transfert mais que les actes antérieurs, l'accord des volontés, l'interprétation de cet accord, le jugement sur les dissidences des parties, l'appréciation de la valeur juridique d'une convention, restent dans la sphère d'activité des tribunaux consulaires“.

движимости, считая это право вещнымъ [1]). Рѣшенія *Смирнскаго* французскаго консульскаго суда отъ 2 іюля 1889 и 4 марта 1890 г., по дѣлу между французскими подданными Cova и Cayol, признаютъ личнымъ искъ Cova о возвращеніи *заложенной* недвижимости; Cayol приговоренъ къ совершенію у турецкой власти формальностей для возстановленія правъ собственности Cova, при условіи уплаты долга послѣднимъ. Въ случаѣ же неисполненія сего постановленія Cova приговаривается судомъ къ уплатѣ убытковъ. Судъ исходитъ изъ того соображенія, что данный процессъ не касается правъ собственности, а есть „une action personnelle en règlement de compte judiciaire" [2]).

§ 2. Въ дѣлахъ наслѣдственныхъ.

Переходимъ къ компетенціи консульскихъ судовъ въ дѣлахъ *наслѣдственныхъ*.

Что касается *движимостей*, то всѣми капитуляціями охрана наслѣдствъ, оставшихся послѣ иностранцевъ, и утвержденіе въ правахъ наслѣдства отнесены къ компетенціи консуловъ. Консульскіе суды разбираютъ, конечно, всѣ споры, возникающіе между наслѣдниками-иностранцами, а также иски, предъявляемые иностранцами къ наслѣдству. Но Порта признаетъ точно также компетенцію консульскихъ судовъ для принятія исковъ, вчиняемыхъ *турецкими* подданными, въ качествѣ наслѣдниковъ, и настаиваетъ на компетенціи турецкихъ судовъ (тиджаретовъ) лишь для исковъ, вчиняемыхъ турецко-подданными, какъ кредиторами наслѣдства [3]).

Наслѣдованіе иностранцами *недвижимостей* опредѣляется въ настоящее время закономъ 7 сефера. Здѣсь, кромѣ п. 3 статьи 2-ой, слѣдуетъ еще имѣть въ виду статью 4-ую, въ *турецкомъ* текстѣ гласящую: „Иностранцы имѣютъ право да-

---

[1]) Текстъ рѣшенія у Aliotti l. c. p. 167—170.

[2]) Aliotti l. c. p. 174—176.

[3]) Инструкціи Порты Салоникскому генералъ-губернатору, ноября 1879 года у Salem Journal du Dr. Int. Privé 1898, p. 671.



рить и завѣщать тѣ недвижимости, которыя могутъ быть предметомъ даренія или завѣщанія по закону. Наслѣдованіе же недвижимостей, которыя не были или не могутъ быть предметомъ даренія или завѣщанія, подчинено турецкимъ законамъ“ [1]). Замѣтимъ, что по турецкому праву предметомъ даренія или завѣщанія можетъ быть только недвижимое имущество „мюлькъ“ (находящееся въ *полной* собственности) дарителя или завѣщателя, не могутъ же быть даримы или завѣщаемы вакуфныя и государственныя земли (миріе), находящіяся въ пользованіи частныхъ лицъ и переходящія лишь въ извѣстныхъ случаяхъ по закону.

Изъ 2 ст. закона 7 сефера слѣдуетъ съ очевидностью, что наслѣдованіе иностранцами недвижимостей при отсутствіи завѣщанія относится къ компетенціи оттоманскихъ судовъ, которые и регулируютъ его, въ силу 4 ст., по турецкому праву. Утвержденіе же завѣщаній иностранцевъ, касающихся мюлькъ, и разсмотрѣніе исковъ къ открывшимся по нимъ наслѣдствамъ по духу 4 статьи принадлежитъ судамъ консульскимъ. На основаніи циркуляра Министра Юстиціи отъ 1 января 1296 (1879 г.) турецкія власти дѣлаютъ соотвѣтствующія записи въ кадастровыхъ книгахъ по предъявленіи имъ завѣщаній иностранцевъ, утвержденныхъ ихъ консульствами, и не требуютъ вторичной омологаціи турецкими судами [2]). О такомъ признаніи силы завѣщаній иностранцевъ, легализированныхъ консульствами, Порта увѣдомила иностранныя миссіи оффиціально циркулярной нотой отъ 31 марта 1881 г., въ которой, однако, говорится, что признаніе касается лишь *формы* завѣщаній и обусловлено соблюденіемъ турецкихъ законовъ о переходѣ собственности [3]).

---

[1]) Французскій текстъ: Art. 4. „Le sujet étranger a la faculté de disposer par donation ou par testament de ceux de ses biens immeubles dont la disposition sous cette forme est permise par la loi. Quant aux immeubles dont il n'aura pas disposé ou dont la loi ne lui permet pas de disposer par donation ou par testament, la succession en sera réglée conformément à la loi ottomane“.

[2]) Caravokyro. Droit successoral en Turquie 1898, p. 158—159.

[3]) Caravokyro, l. c. p. 164; иностранцы могутъ также совершать завѣщанія въ формахъ, установленныхъ для немусульманскихъ подданныхъ Порты, т. е. у своихъ духовныхъ властей (циркуляръ Вел. Визиря отъ 2 сефера 1278



Что же касается споровъ, предъявляемыхъ къ завѣщанію, то изъ духа 4 ст. закона 7 сефера слѣдуетъ заключить о компетентности тѣхъ же консульскихъ судовъ. Правда, турецкій юристъ *Салемъ* другого мнѣнія: на основаніи 2-ой статьи онъ высказывается за компетенцію турецкихъ судовъ, которые должны, однако, примѣнять національное право завѣщателя [1]). Между тѣмъ тотъ же Салемъ выводитъ обязательность этого національнаго права для турецкихъ судовъ изъ аналогіи съ привилегіями, дарованными христіанскимъ подданнымъ Порты: циркуляръ Министра Юстиціи отъ 23 Джемаги-уль-Ахиръ 1308 предписываетъ признавать дѣйствительными завѣщанія христіанъ, утвержденныя ихъ духовными властями [2]). Мы не понимаемъ, почему почтенный юристъ не приводитъ дальнѣйшей аналогіи: циркуляръ подчиняетъ также всѣ споры о дѣйствительности завѣщанія суду патріархата и провинціальныхъ митрополитовъ. Поэтому можно съ увѣренностью толковать законъ 7 сефера въ томъ смыслѣ, что 4 ст. признаетъ не только законодательную, но и судебную компетенцію отечества завѣщателя-иностранца.

Третейское рѣшеніе пословъ великихъ державъ 2 апрѣля 1901 года, установившее греко-турецкую консульскую конвенцію, только въ незначительной степени содѣйствовало выясненію положенія.

Ст. 18 консульской конвенціи постановляетъ, что

1) администрація наслѣдства, оставшагося послѣ смерти греческаго подданнаго въ Турціи, принадлежитъ консульской власти, и только въ случаѣ ея отсутствія, временныя мѣры принимаются мѣстною властью;

2) наслѣдованіе недвижимостей подчинено турецкимъ законамъ, и всѣ споры, сюда относящіеся, отнесены къ компетенціи турецкихъ судовъ;

см. Padel et Steeg, Legislation foncière ottomane, p. 202; Ср. у Caravokyro l. c. p. 157 циркулярную ноту Порты отъ 28 марта 1878 г.).

[1]) Journal Clanet 1899, p. 472—473.

[2]) Этотъ циркуляръ, цитируемый Салемомъ, долженъ быть тождественъ съ циркуляромъ Вел. Визиря отъ 28 Джемази-уль-Ахиръ 1306 (1891), текстъ у Caravokyros l. c. p. 146.



3) иски къ движимому наслѣдству, основанные на титулѣ наслѣдника или легатарія, отнесены къ компетенціи національныхъ законовъ и судовъ иностранца—наслѣдодателя [1]).

При обсужденіи значенія этой статьи для подданныхъ всѣхъ вообще европейскихъ странъ, не слѣдуетъ забывать, что новый греко-турецкій режимъ установленъ для предвращенія многочисленныхъ злоупотребленій капитуляціями со стороны греческихъ консуловъ [2]). Поэтому, если съ одной стороны, права юрисдикціи, признанныя за греческими консулами и судами, a fortiori принадлежатъ консуламъ и судамъ остальныхъ европейскихъ державъ по принципу наиболѣе благопріятствуемой націи, то съ другой стороны, ограниченія греческой консульской юрисдикціи не равносильны ограниченію юрисдикціи другихъ государствъ. Исходя изъ этой точки зрѣнія, мы можемъ сказать, что Порта окончательно признала компетенцію консульскихъ судовъ для разбора споровъ между наслѣдниками и легатаріями движимаго

---

[1]) Art. 18: „En cas de décès d'un sujet ottoman en Grèce ou d'un sujet hellène dans les Etats, de S. M. I. le Sultan, l'autorité consulaire, de la juridiction de laquelle dépendra le décédé, prendra possession de la succession de celui-ci pour la transmettre à ses héritiers. En l'absence de l'autorité consulaire sur les lieux, le juge compétent de la localité sera tenu de transmettre l'inventaire et le produit de la succession à l'autorité consulaire la plus proche, sans réclamer aucun droit. —La succession aux biens immobiliers sera régie par les lois du pays, dans lequel les immeubles sont situés, et la connaissance de toute demande ou contestation concernant les successions immobilières, appartiendra exclusivement aux tribunaux de ce pays.—Pour ce qui concerne les successions mobilières laissées par les sujets de l'une des deux Parties contractantes dans le territoire de l'autre Partie—soit qu'à l'époque du décès ils y fussent établis ou simplement de passage, soit qu'ils fussent décédés ailleurs—les réclamations reposant sur le titre d'hérédité ou de legs, seront jugée par les autorités ou tribunaux compétents du pays, auquel appartenait le défunt et conformément aux lois de ce pays".

[2]) Art III des Prélimaires de paix, signé s entre les Grandes Puissances et l'Empire Ottoman, le $^{6}/_{18}$ Septembre 1897: „Sans toucher au principe des immunités et privilèges, dont les Hellènes jouissaient avant la guerre sur le même pied que les nationaux des autres Etats, des arrangements spéciaux seront conclus en vue de prévenir l'abus des immunités consulaires, d'empêcher les entraves au cours régulier de la justice, d'assurer l'exécution des sentences rendues et de sauvegarder les: retéréts des sujetl ottomans et étrangers dans leurs différends avec les sujets hellénes es compris les cas de faillite".



наслѣдства иностранца, хотя бы между ними были оттоманскіе подданные. Относительно исковъ турецко-подданныхъ къ движимому наслѣдству третейское рѣшеніе не высказалось, хотя турки требовали признанія общей юрисдикціи, существующей для смѣшанныхъ процессовъ (т. е. тиджареза), а греки—установленія принципа наиболѣе благопріятствуемой націи; такимъ образомъ этотъ вопросъ остался въ прежнемъ положеніи. Что же касается наслѣдованія недвижимостей, то всѣ споры и иски, отсюда возникающіе, отнесены къ территоріальной компетенціи; поскольку въ этомъ постановленіи скрыто ограниченіе консульской юрисдикціи, напр., при оспариваніи завѣщаній недвижимости мюлькъ, оно, конечно, не касается остальныхъ европейскихъ державъ.

Какъ примѣръ того, что консульскіе суды по прежнему считаютъ себя компетентными для принятія и разбора исковъ турецко-подданныхъ къ наслѣдству иностранца, открывшемуся по завѣщанію, укажемъ на рѣшеніе *итальянскаго консульскаго суда въ Константинополѣ* отъ 16 апрѣля 1902 года [1]). Судъ этотъ призналъ себя компетентнымъ для разбора иска объ алиментахъ, предъявленнаго *турецко-подданною* Караманлаки-Константиниди къ наслѣдству *итальянско-подданнаго* Павла Стефановича-Скилицци, представленному душеприкащикомъ покойнаго (по завѣщанію) Мицци [2]).

Въ общемъ слѣдуетъ сказать, что сферы дѣйствія консульскихъ и турецкихъ судовъ въ области наслѣдственнаго права представляются все еще не достаточно размежеванными.

§ 3. *Въ дѣлахъ о несостоятельности (конкурсахъ).*

Въ силу обычая, образовавшагося по аналогіи съ наслѣдственнымъ правомъ, управленіе дѣлами несостоятельнаго иностранца относится къ вѣдѣнію консульской власти. Прин-

---

[1]) Rivista di Diritto Internazionale, Anno V fasc. IV—VI.

[2]) Дальнѣйшія подробности о пререканіяхъ между турецкими и европейскими судами по вопросамъ о подсудности наслѣдственныхъ дѣлъ будутъ приведены во II части этого труда при обзорѣ русской консульской практики.



ципъ этотъ признанъ турецкимъ правительствомъ въ 3-ьей статьѣ закона 7 сефера 1284 года, которая постановляетъ: „Въ случаѣ объявленія несостоятельнымъ иностранца, собственника недвижимости, синдики конкурса должны обратиться къ турецкимъ властямъ и судамъ для продажи этой недвижимости, если она отнесена закономъ къ родамъ имуществъ, отвѣчающимъ за долги собственника" (турецкій текстъ). Такимъ образомъ только исполненіе рѣшеній конкурснаго управленія, касающихся недвижимостей, предоставлено турецкимъ судамъ. Разсмотрѣніе же всѣхъ претензій къ конкурсной массѣ, даже исходящихъ отъ турецко подданныхъ, относится къ компетенціи консульскихъ властей и судовъ.

Третейское рѣшеніе шести пословъ по греко-турецкой консульской конвенціи подтвердило компетентность греческой консульской власти для управленія дѣлами несостоятельныхъ греческихъ подданныхъ. Для предупрежденія злоупотребленій введено, однако, новшество, а именно: иностранные и оттоманскіе кредиторы получили право участвовать въ управленіи конкурсомъ чрезъ особыхъ синдиковъ, назначаемыхъ, по ихъ представленію, греческимъ консульствомъ [1]). Такимъ образомъ, въ силу принципа наиболѣе благопріятствуемой націи, за всѣми консульствами Портой признано право управленія дѣлами несостоятельныхъ иностранцевъ, при чемъ ограниченіе, установленное спеціально для греческой консульской юрисдикціи (участіе иностранныхъ и туземныхъ синдиковъ), конечно, не распространяется на консульства другихъ державъ.

§ 4. *Въ дѣлахъ брачныхъ.*

Вселенскій патріархатъ считаетъ свои суды компетентными для развода иностранныхъ супруговъ, независимо отъ

[1]) Art. 20: „Les intérêts des créanciers ottomans ou étrangers dans les faillites des sujets hellènes en Turquie seront représentés par un ou deux syndics, tant provisoires que définitifs. L'autorité consulaire hellénique, compétente pour le règlement des dites faillites nommera ces syndics sur la désignation qui lui en sera faite par les créanciers susdits, ottomans ou étrangers".



ихъ націоначьности, по законамъ православной церкви (протоколъ Синода отъ 11 декабря 1875 года). На этой почвѣ у патріархата возникали не разъ пререканія съ русскимъ и греческимъ правительствами, оспаривавшими его притязанія на такую юрисдикцію [1].

В. Постановленія Консульскаго права о предметной подсудности.

§ 1. Французскій эдиктъ 1778 г. подчиняетъ, какъ мы уже видѣли „споры *всякаго* рода“ между французами консульской юрисдикціи и французская юриспруденція никогда не допускала отступленій отъ этого правила [2]), установился однако обычай, по которому консульскіе суды признаютъ себя компетентными для ликвидированія наслѣдствъ, оставшихся послѣ protégès изъ туземцевъ, въ случаѣ отсутствія завѣщанія [3]).

§ 2. *Итальянскіе* консула судятъ единолично и безапелляціонно всѣ дѣла, возникающія между лицами принадлежащими къ экипажамъ торговыхъ судовъ, а также дѣла другого рода, цѣнность которыхъ не превышаетъ 500 лиръ; остальныя дѣла подсудны консульскому суду за исключеніемъ однако дѣлъ о гражданскомъ состояніи лицъ, которыя отне-

---

[1]) См. Мандельштамъ, Гаагскія конференціи о кодификаціи международнаго частнаго права II р. 376 сл. и вторую часть этой статьи.

[2]) Rausas p. 282. Но что касается Protégés изъ туземцевъ, то компетенція французскихъ консульскихъ судовъ для разбора дѣлъ, относящихся къ личному статуту (напр. дѣлъ брачныхъ), является конкуррирующею съ компетенціею судовъ турецкихъ немусульманскихъ религіозныхъ общинъ и суда кадія.

[3]) Pélíssié du Rausas II pp. 56—62, Rey p 493—495. Что же касается до protégés изъ иностранцевъ, то, по мнѣнію Пелисье (р. 48) предметная компетенція консульскихъ судовъ относительно ихъ не можетъ быть шире установленной для дѣлъ подданныхъ *покровительствующей* державы (напр. швейцарецъ не можетъ вчинить въ итальянскомъ консульскомъ судѣ иска о ничтожности брака); съ другой стороны, если національный законъ *покровительствуемаго* устанавляетъ компетенцію судовъ метрополіи *въ дѣлахъ о состояніяхъ* (questions d'état) консульскіе суды покровительствующей державы не могутъ признать себя компетентными для ихъ разсмотрѣнія (напр. дѣла о разводахъ грековъ).

сены къ вѣдомству судовъ метрополіи (ст. 77—79 закона 1866 г.) [1]).

§ 3. По новому *германскому* закону компетенція консула совпадаетъ съ компетенціею Amtsgerichte (ст. 7) [2]), а компетенціи консульскаго суда съ компетенціей Landgerichte I инстанціи (ст. 10) [3]); жалобы и отзывы (Beschwerde u. Berufung) на рѣшенія консула или суда разбираются Императорскимъ судомъ (ст. 14).

§ 4. *Австро-Венгерскіе* консульскіе суды I инстанціи указомъ 29 янв. 1855 года приравнены къ австрійскимъ судамъ (Landesgerichte) [4]). Апелляціонный судъ въ Константинополѣ является второй и послѣдней инстаціей для этихъ судовъ а также разрѣшаетъ возникающія между ними пререканія о подсудности [5]).

§ 5. Order in Council 1899 года крайне подробно регулируетъ компетенцію *англійскихъ* консульскихъ судовъ.

Юрисдикція *Верховнаго суда* является, съ одной стороны, конкуррирующей съ юридикціей провинціальныхъ и мѣстныхъ судовъ на всемъ протяженіи Имперіи (ст. 13); съ другой, нѣкоторыя дѣла подлежатъ исключительной юрисдикціи Верховнаго суда (ст. 12); то же соотношеніе существуетъ между провинціальными и мѣстными судами (ст. 17). Верховный судъ можетъ потребовать на свое разсмотрѣніе любое дѣло, начатое въ низшемъ судѣ, а провинціальные суды имѣютъ такое же право переноса относительно мѣстныхъ судовъ (ст. 18).

[1]) Вопросы о гражданскомъ состояніи могутъ быть разрѣшены консульскими судами только попутно—in via incidentale.

[2]) Amtsgericht'амъ подсудны: 1) всѣ иски, стоимость коихъ не превышаетъ 300 марокъ, 2) всѣ иски (независимо отъ цѣны), возникающіе изъ договоровъ найма, изъ договоровъ, возникшихъ по поводу путешествія и т. под. (ст. 23 Gerichtsverfassungsgesetz).

[3]) Къ компетенціи Landgericht'е, въ которыхъ обыкновенно имѣются торговыя отдѣленія, относятся всѣ гражданскія и торговыя дѣла, не подсудныя Amtsgericht ст. 70.

[4]) Къ ихъ компетенціи указъ 31 марта 1855 года (ст. 2) относитъ всѣ гражданскія, торговыя, морскія и конкурсныя дѣла, а также безспорную юрисдикцію.

[5]) Ст. 13 указа 1897 года.

Предметная компетенція Верховнаго суда относительно британскихъ подданныхъ совпадаетъ вообще говоря съ компетенціей High Court [1]); только дѣла о ничтожности и расторженіи браковъ изъяты, какъ мы уже видѣли, изъ его вѣдѣнія (ст. 107). Верховный судъ имѣетъ, сверхъ того, исключительную морскую юрисдикцію (Apmiral—ty jmisdiction) въ предѣлахъ Оттоманскихъ водъ (ст. 106). Въ дѣлахъ о несостоятельности (bankruptcy) каждому консульскому суду принадлежатъ права High Court и Courty Courts въ Англіи; однако Верховный судъ можетъ вмѣшаться въ любой моментъ въ дѣло и дать ему желательное направленіе (ст. 105).

Достойно вниманія, что по всѣмъ поименованнымъ вопросамъ юрисдикція консульскихъ судовъ ставится въ зависимость отъ „обстоятельствъ" (as far as circumstances admit, ст. 105, 106, 107, 108, 109).

§ 6. Единоличный судъ *греческихъ* консуловъ разсматриваетъ безапелляціонно всѣ иски, стоимость коихъ не превосходитъ 600 драхмъ; коллегіальные консульскіе и спеціальные суды въ Константинополѣ, Александріи и Смирнѣ судятъ безапелляціонно дѣла, возникающія изъ исковъ, не превышающихъ 1500 драхмъ, за исключеніемъ дѣлъ о недвижимостяхъ и о разводахъ; въ I же инстанціи разбираютъ иски, превышающіе стоимостью эту сумму (ст. 131 греч. конс. закона 1877 года).

II. Примѣняемое матеріальное право.

Примѣняютъ ли консульскіе суды исключительно отечественное право или также въ извѣстныхъ случаяхъ и туземное?

§ 1. *Французское* законодательство не разрѣшило этого вопроса. Но судебная практика высказалась во многихъ случаяхъ за примѣненіе туземныхъ обычаевъ. Такъ кассаціонный судъ рѣшилъ въ 1865 году, что правило „locus regit

[1]) Т. е. судъ компетентенъ а) для опредѣленія правъ на имущество, находящееся въ Турціи в) для разбора т. н. actions in personam, морскихъ дѣлъ, и дѣлъ о банкротствѣ и о наслѣдствахъ (Dicey, Rulee 43 - 44).



actum“ дѣйствуетъ и на Востокѣ, несмотря на фикцію экстерриторіальности иностранцевъ, поэтому французы могутъ заключать всякаго рода договоры и акты, а также и браки по оттоманскимъ законамъ и обычаямъ [1]). По обычаямъ Востока опредѣляются также: имущественныя отношенія супруговъ. вступившихъ въ бракъ безъ договора; высота роста; форма векселя; положеніе конгрегаціи. Такъ, Смирнскій консульскій судъ рѣшилъ 3 іюля 1890 года, что конгрегація отцовъ Капуциновъ, не имѣющая легальнаго существованія во Франціи, считается на Востокѣ юридическимъ лицомъ и можетъ быть наслѣдникомъ по завѣщанію [2]). Признаются судами и другія ассоціаціи—благотворительныя, научныя, литературныя общества, клубы и т. д., возникшія въ предѣлахъ Турціи безъ всякаго разрѣшенія французскаго правительства [3]).

Новѣйшій авторъ по капитуляціонному праву, Пелиссье-дю-Роза, полагаетъ, основываясь на этой юриспруденціи, что консульскіе суды могутъ примѣнять даже такіе мѣстные обычаи, которые противорѣчатъ французскимъ законамъ публичнаго порядка, имѣющимъ политическое или экономическое значеніе и допускаетъ непримѣненіе туземнаго права только во имя „нравственнаго или соціальнаго публичнаго порядка“, не мирящагося, напр., съ полигаміею [4]).

Что касается гражданскаго права, примѣняемаго къ *protégés изъ иностранцевъ*, то французская консульская юриспруденція давно уже высказалась за примѣненіе ихъ національнаго закона [5]). Конечно, этотъ законъ примѣняется съ

---

[1]) Такимъ образомъ французы въ Турціи могутъ вступать въ бракъ съ соблюденіемъ обряда церкви, къ которой они принадлежатъ.

[2]) Мотивы Смирнскаго суда слѣдующіе: французскіе законы о религіозныхъ конгрегаціяхъ относятся къ области внутренней политики; каждое суверенное государство полновластно установляетъ условія юридическаго существованія пребывающихъ въ немъ религіозныхъ обществъ; въ Турціи, благодаря привилегіямъ, дарованнымъ султаномъ, религіозныя общества признаются юридическими лицами; конгрегація капуциновъ пользовалась этимъ положеніемъ болѣе двухъ съ половиною вѣковъ; наконецъ, сама Франція защищаетъ религіозныя миссіи на Востокѣ. См. текстъ у Pélissié, стр. 328.

[3]) Pélissié du Rausas pp. 236—250; 319—330.

[4]) Стр. 328.

[5]) См., напр., рѣшеніе французскаго консульскаго суда въ Александріи отъ



тѣми же отступленіями въ пользу мѣстнаго права, съ какими дѣйствуетъ законъ покровительствующей державы. Помимо того французскіе консульскіе суды не могутъ нарушать требованій „международнаго публичнаго порядка“, содержащихся во французскомъ правѣ [1]). Что же касается покровительствуемыхъ туземцевъ, то и къ нимъ примѣняется личное ихъ право, но при этомъ, какъ мы уже видѣли, дѣла о состояніи (question d'état) подчинены туземной юрисдикціи.

§ 2. *Итальянскій* консульскій уставъ (ст. 166) предписываетъ консуламъ и консульскимъ судамъ соблюденіе *итальянскихъ* законовъ, однако, въ предѣлахъ, установленныхъ договорами, обычаями и самимъ уставомъ.

§ 3. *Германскій* законодатель особенно подробно разработалъ вопросъ о примѣняемомъ консульскими судами правѣ [2]).

19 статья закона о консульской юрисдикціи 7 апрѣля 1900 года установляетъ какъ общее правило примѣненіе *германскихъ* гражданскихъ законовъ, замѣняемыхъ прусскими въ тѣхъ областяхъ, которыя пока оставлены въ компетенціи партикулярныхъ законодательствъ. Но уже слѣдующая (20) статья предписываетъ непримѣненіе національнаго права, поскольку оно предполагаетъ учрежденія и условія, отсутствующія въ консульскомъ округѣ. Императорскимъ указомъ предоставляется опредѣлить, какія именно національныя узаконенія теряютъ вслѣдствіе этого силу въ консульскихъ округахъ, и какими иными онѣ замѣняются.

Въ послѣдующихъ статьяхъ содержатся однако и болѣе

---

25 ноября 1896 г.: „Attendu que le tribunal doit appliquer à la cause les principes du droit qui régissent en Orient et dans les pays de Capitulations les étrangers inscrits à leurs consulats; que ceux-ci sont régis par leur loi nationale; attendu qu'en droit les consuls de France agissent vis-à-vis des citoyens suisses protégés français comme le feraient de véritables consuls suisses, que c'est en vertu de ce même principe que les Suisses protégés français relèvent de la juridiction des tribunaux consulaires français devant lesquels ils conservent d'ailleurs leur statut personnel...“. Pélissié, II, p. 48 note; comp. Rey, l. c. p. 492.

[1]) До 1884 г. они, напримѣръ, отказывались постановлять разводы между французскими protégés изъ иностранцевъ, Pélissié, II, p. 50.

[2]) III *отдѣлъ* закона 1900 года: Allgemeine Vorschriften über das anzuwendende Recht.—IV *отдѣлъ:* Besondere Vorschriften über das bürgerliche Recht.



точныя постановленія относительно этой прерогативы правительства. Такъ, Императорскіе указы могутъ измѣнить или отмѣнить для Турціи дѣйствіе германскихъ законовъ: о защитѣ литературной, художественной и промышленной собственности (ст. 22); о правахъ на недвижимости (ст. 21); о высотѣ роста (ст. 33); о правилахъ обезпеченія ипотекъ (ст. 37). Императорскіе же указы могутъ опредѣлить, поскольку консульскіе округа считаются германской или иностранной территоріей (ст. 96) [1]). Въ силу 27 статьи (касающейся частнаго международнаго права) ссылку германскихъ законовъ на право, дѣйствующее въ предѣлахъ консульскаго округа, слѣдуетъ понимать какъ ссылку на *германское* право, поскольку имѣются въ виду лица, подлежащія германской консульской юрисдикціи; однако Императорскіе указы могутъ присвоить и территоріальнымъ законамъ, изданнымъ въ предѣлахъ консульскаго округа, значеніе мѣстныхъ законовъ, наравнѣ съ германскими. Такъ, этими указами опредѣляется, въ какихъ консульскихъ округахъ нѣмцы могутъ вступать въ браки съ соблюденіемъ формъ, установленныхъ территоріальной властью (ст. 36).

Нѣкоторое участіе въ этомъ развитіи спеціальнаго консульскаго права предоставлена *Имперскому Канцлеру*. Онъ разрѣшаетъ обращеніе бумагъ на предъявителя, выданныхъ въ предѣлахъ консульскаго округа лицами, подлежащими консульской юрисдикціи (ст. 34). Онъ опредѣляетъ, кто замѣняетъ въ консульскихъ округахъ общину мѣста находки и публичную кассу общины для бѣдныхъ (ст. 35).

Не все, однако, матеріальное консульское право помѣщено въ бланкетныхъ указахъ. Нѣкоторыя его нормы содержатся въ самомъ консульскомъ законѣ. Такъ, правила гражданскаго уложенія о пріобрѣтеніи и утратѣ союзами (Verein)

---

[1]) Сюда относятся, напр., ст. 10 гражд. ул., по которой жена въ извѣстныхъ случаяхъ не раздѣляетъ мѣстожительство мужа *за границей*; 1944 ст. гр. ул. увеличивающая шестинедѣльный срокъ для отказа отъ наслѣдства до шестимѣсячнаго, если послѣднее мѣстожительство наслѣдодателя находилось *за границею*, или если наслѣдникъ пребываетъ за границей при началѣ теченія срока и др.—ср. Entwurf, стр. 23.



правоспособности не примѣняются въ консульскихъ округахъ (ст. 31) [1]), гдѣ они поставлены въ зависимость отъ Имперскаго Союзнаго Совѣта. Германскія общества, дѣйствующія въ консульскихъ округахъ, образуются на основаніи болѣе свободныхъ правилъ, изданныхъ для колоніальныхъ обществъ (ст. 32). Форма браковъ германскихъ подданныхъ, заключаемыхъ въ консульскихъ округахъ, опредѣляется не гражданскимъ уложеніемъ, а исключительно закономъ 4 мая 1870 года, т. е. такіе браки заключаются у консульскихъ или дипломатическихъ представителей, поскольку указы не разрѣшаютъ соблюденія мѣстной формы (ст. 36). Облегченная форма устнаго завѣщанія при трехъ свидѣтеляхъ допускается въ консульскихъ округахъ во всѣхъ случаяхъ, когда въ виду положенія умирающаго нѣтъ времени для соблюденія болѣе сложной формы (ст. 38) [2]).

Наконецъ ст. 40 постановляетъ, что въ торговыхъ дѣлахъ имперскіе законы имѣютъ только субсидіарное значеніе, уступая обычному торговому праву, дѣйствующему въ консульскихъ округахъ; при этомъ законъ суживаетъ, однако, понятіе „торговыхъ дѣлъ“, не допуская примѣненія мѣстнаго обычнаго права въ вопросахъ защиты фирмы, товарныхъ знаковъ, моделей и образцовъ, а также въ области вексельнаго права [3]).

Такимъ образомъ, германскій консульскій законъ отчасти самъ создалъ особое консульское право, отчасти предоставилъ

---

[1]) Entwurf p. 35 мотивируетъ это соображеніемъ, что за правительствомъ должна быть обезпечена возможность лишать союзы, возникающіе въ консульскихъ округахъ, правоспособности по политическимъ причинамъ.

[2]) Гражданское уложеніе (ст. 2250) допускаетъ эту словесную форму завѣщаній только въ томъ случаѣ, когда завѣщатель находится въ совершенно отрѣзанномъ (всл. эпидеміи или другой причины) мѣстѣ, но консульскій уставъ долженъ былъ льготу 2250 статьи распространить и на случай, предусмотрѣнный 2249 ст. гр. ул. (завѣщаніе умирающаго), такъ какъ, съ одной стороны, въ виду громадности разстояній въ консульскихъ округахъ не всегда умирающій успѣетъ обратиться къ консулу, а съ другой—въ консульскихъ округахъ нѣтъ германскихъ общинныхъ старшинъ, которые по 2249 ст. замѣняютъ судей или нотаріусовъ. Ср. Entwurf p. 28.

[3]) Entwurf p 28—29.

его развитіе административной власти. Необходимо отмѣтить, что *мѣстное* право очень рѣдко вводится въ составъ этого спеціальнаго консульскаго права, да и то съ большою осторожностью. Законодатель не рѣшается даже признать консульскіе округа иностранной территоріей (ст. 26), и изданные въ нихъ территоріальные законы—мѣстными (ст. 27), относя этотъ вопросъ къ компетенціи административной власти; исключеніе допущено, какъ мы видѣли, только въ области торговаго права. Указъ о введеніи въ дѣйствіе закона о консульской юрисдикціи отъ 25 октября 1900 года подчинилъ мѣстному праву форму перехода недвижимостей (ст. 2), поскольку, однако, въ округѣ не введены нѣмецкія поземельныя книги, и опредѣленіе высоты роста, которая не должна, однако, превышать 10% (ст. 3).

По общему правилу въ консульскихъ округахъ, находящихся въ Европѣ, Египтѣ или на азіатскомъ берегу Черного или Средиземнаго моря, новые германскіе законы вступаютъ въ силу черезъ 2 мѣсяца по распубликованіи ихъ въ Имперскомъ Собраніи Узаконеній (Reichs-Gesetzblatt); для остальныхъ округовъ установленъ 4 мѣсячный срокъ (ст. 30 закона о конс. юрисдикціи).

Замѣтимъ еще, что Указъ германскаго Канцлера относительно консульской юрисдикціи надъ *покровительствуемыми* 1900 года подчиняетъ (§ 1) иностранцевъ изъ нехристіанъ, служащихъ въ посольствѣ или консульствахъ, а равно и мароканцевъ и занзибарцевъ, ихъ національнымъ законамъ въ области семейнаго и наслѣдственнаго права.

§ 4. *Австрійское* законодательство очень подробно регулировало вопросъ о примѣняемомъ правѣ: по 8 ст. указа 29 января 1855 года консульскіе суды по общему правилу примѣняютъ *австрійское* право, за исключеніемъ случаевъ: a) когда существуютъ спеціальныя узаконенія или особое общепризнанное обычное право иного содержанія, b) или когда въ округѣ консульскаго суда отсутствуютъ фактическія отношенія или учрежденія, обусловливающія примѣненіе австрійскаго права. Сдѣлки, заключаемыя австрійскими подданными въ Оттоманской Имперіи между собою или съ ино-

странцами, обсуждаются по австрійскому праву, исключая однако случаевъ, когда очевидно, что при заключеніи имѣлось въ виду иное право (ст. 9); только дѣеспособность всегда опредѣляется по §§ 4 и 34 австр. гр. кодекса.

Дальнѣйшее развитіе этихъ положеній содержится въ указѣ 31 марта 1855 года, который (ст. 13) подтверждаетъ обязательность статей 8 и 9 январскаго указа. Здѣсь болѣе всего обращаетъ на себя вниманіе опредѣленіе обычнаго права, дерогирующаго австрійскому. „Обычное право только тогда считается общепризнаннымъ, когда доказано, что одно и то же правовое положеніе служило австрійскимъ консульскимъ судамъ въ нѣкоторыхъ одинаковыхъ случаяхъ и въ разное время нормой для правомѣрнаго (rechtskräftig) разрѣшенія этихъ случаевъ. Доказательствомъ сего могутъ служить только судебные акты или оффиціальное свидѣтельство консульскаго суда, въ коемъ должны быть указаны какъ содержаніе и родъ обычнаго права, такъ и опредѣленные случаи, на разрѣшеніи которыхъ должно быть основано особое обычное право“ (ст. 14).

Кромѣ того, указъ 31 марта постановляетъ особо: правила австрійскаго гражданскаго кодекса о высотѣ роста и о ростовщичествѣ непримѣнимы къ сдѣлкамъ, заключаемымъ австрійскими подданными въ Турціи, поскольку эти сдѣлки должны тамъ найти себѣ осуществленіе (ст. 15); въ торговыхъ и морскихъ дѣлахъ примѣняется далматинскій Codice di Commercio, поскольку нѣтъ ни спеціальныхъ австрійскихъ законовъ, ни мѣстнаго общепризнаннаго обычнаго права (ст. 16); точно также и вексельный уставъ 1850 года примѣняется только при отсутствіи такого обычнаго права (ст. 16).

Новые австрійскій и венгерскій законы 30 августа 1891 года, оставившіе эти правила въ силѣ (ст. 9 австр. закона), ввели слѣдующій порядокъ измѣненія права, примѣняемаго консульскими судами. Новые Австрійскіе законы, касающіеся право и дѣеспособности, семейныхъ и наслѣдственныхъ правъ, а также уголовные, примѣняются къ австрійскимъ подданнымъ въ Турціи на основаніи спеціальнаго опредѣ-

ленія австрійскаго правительства, которое запрашиваетъ при этомъ общаго Министра Иностранныхъ Дѣлъ для выясненія „международныхъ и особыхъ мѣстныхъ условій". Такой же порядокъ соблюдается при измѣненіи или отмѣнѣ дѣйствующихъ законовъ этого рода. Соотвѣтственная сфера дѣйствія отмежевана венгерскому правительству относительно венгерскихъ подданныхъ. Что же касается всѣхъ остальныхъ законовъ и указовъ австрійскихъ и венгерскихъ, то они вводятся, измѣняются и отмѣняются въ консульскихъ округахъ на основаніи соглашенія между обоими правительствами, которыя при этомъ сносятся съ Общимъ Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ [1]).

§ 5. Гражданская юрисдикція *англійскихъ* консульскихъ судовъ должна упражняться согласно статутарному и иному праву, дѣйствующему въ Англіи, и для Англіи [2]), однако только поскольку Order in Council не содержитъ спеціальныхъ постановленій и *поскольку позволяютъ обстоятельства* (ст. 63 Order in Council 1899).

Послѣдняя оговорка получаетъ настоящее освѣщеніе при сравненіи съ 161 ст., по которой „разумные обычаи" (reasonable customs), существующіе въ Оттоманской Имперіи, могутъ служить руководствомъ какъ для частныхъ лицъ, такъ и для консульскихъ судовъ, если эти обычаи не прямо противорѣчатъ постановленіямъ Ордера [3]). Соблюденіе мѣстныхъ обычаевъ, а также договоровъ можетъ быть, впрочемъ, обезпечено особыми регламентами (King's Regulations), издаваемыми либо посломъ, либо верховнымъ судьею въ Константинополѣ и утверждаемыми статсъ-секретаремъ (ст. 163).

---

[1]) Ст. 9—11 австр. закона 1891 года и ст. 10 венгерск. зак. 1891 года.

[2]) art. 63: „Subject to the provisions of this Order, the civil jurisdiction of every Court acting under this order shall, as far as circumstances admit, be exercised on the principles of, and in conpormity with, the Statute and other law for the time being in force in and for England".

[3]) Nothing in this Order shall deprive the Court of the right to observe, and to enforce the observance of, or shall deprive any person of the benefit of, any reasonable custom existing in the Ottoman dominions, unless this Order contains some express and specific provision in compatible with the observance thereof (ст. 161).



Въ частности, относительно *браковъ* британскихъ подданныхъ въ Турціи замѣтимъ слѣдующее. Браки эти могутъ быть заключены въ формѣ, указанной *Foreign Marriage Act* 1892 года, который не дѣлаетъ изъятій для Востока, т. е. у британскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ или другихъ указанныхъ этимъ актомъ лицъ. Но 23 ст. этого акта гласитъ, что онъ (актъ) никоимъ образомъ не вліяетъ на дѣйствительность или ничтожность браковъ, заключенныхъ за границей въ иной формѣ. Слѣдовательно, согласно общимъ началамъ англійскаго права, браки британскихъ подданныхъ въ Турціи могутъ быть заключены либо согласно lex loci actus, т. е. съ соблюденіемъ мѣстныхъ церковныхъ обрядовъ [1]), либо, по фикціи экстерриторіальности per verba de praesenti передъ священникомъ англиканской или римской церкви. [2]) Вопросъ о томъ, могутъ ли также британскіе подданные заключать браки per nudum Consensum передъ свидѣтелями, въ тѣхъ мѣстностяхъ Турціи, гдѣ нѣтъ возможности прибѣгнуть къ содѣйствію священника, является спорнымъ [3]).

167 статья англійскаго Order in Council 1899 года постановляетъ, что Имперскіе Англійскіе акты и колоніальные законы, подлежащіе примѣненію въ Турціи, примѣняются „посколько это совмѣстимо съ устройствомъ и юрисдикціею судовъ, дѣйствующихъ въ силу настоящаго Order'а и посколько позволяютъ мѣстныя условія (local circumstances)“.

Видоизмѣненія и приспособленія законовъ не должны

---

[1]) Турецкое правительство, какъ извѣстно, признаетъ дѣйствительность браковъ, совершенныхъ по обрядамъ немусульманскихъ общинъ.

[2]) Lord Hardwicke's Act 1758 отмѣнилъ англійское Common Law въ области формы брака только для Англіи.

[3]) Въ дѣлѣ Queln v. Millis палата Лордовъ рѣшила, положимъ, что бракъ per verba de praesenti по англійскому Common Law совершается непремѣнно передъ „person in orders“. Но этотъ бракъ былъ совершенъ въ Ирландіи, гдѣ была возможность соблюсти всѣ требованія англійскаго права, а не на Востокѣ, гдѣ это не всегда возможно. Ср. Dicey, Conflict of Laws Chap. XXVI; Hall, Treatise on the Foreign Powers and Jurisdiction of the British Crown pp. 193—208; Мои Гаагскія Конференціи о кодификаціи Международнаго Частнаго Права II pp. 158—164.



лишь затрагивать ихъ сущности (substance). Функціи англійскихъ или колоніальныхъ судовъ, чиновниковъ или вообще властей исполняются соотвѣтственными учрежденіями, дѣйствующими въ Турціи съ аналогичными полномочіями. Въ затруднительныхъ случаяхъ статсъ-секретарь рѣшаетъ, въ какихъ предѣлахъ данный актъ или законъ примѣнимъ въ Турціи.

По ст. 63 по общему правилу „гражданская юрисдикція каждаго суда, дѣйствующаго въ силу настоящаго order of Council, должна упражняться на основаніи принциповъ статутарнаго и другого права, дѣйствующаго въ Англіи и для Англіи, поскольку однако позволяютъ обстоятельства“ (as far circumstanus admit).

§ 6. Ст. 129 греческаго консульскаго устава предписываетъ судамъ въ дѣлахъ между греками и иностранцами руководствоваться *греческими* законами и правилами, установленными для разбора тяжбъ между одними греками „поскольку обычаи и договоры не препятствуютъ этому“.

III. Примѣняемое формальное право.

§ 1. Правила гражданскаго судопроизводства, примѣняемыя *французскими* консульскими судами, опредѣляются, главнымъ образомъ, эдиктомъ 1778 года [1]).

Этотъ эдиктъ гласитъ въ предисловіи, что онъ имѣетъ цѣлью освободить французское судопроизводство на Востокѣ отъ формальностей, неудобопримѣняемыхъ на чужбинѣ, и создать легко соблюдаемыя правила, обезпечивающія единообразіе и быстроту консульской юрисдикціи [2]).

Эдиктъ, однако, вовсе не регулируетъ многихъ процессуальныхъ вопросовъ, и несомнѣнно, что въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ руководствоваться уставомъ гражданскаго судопроизводства [3]).

[1]) Edit portant règlement sur les fonctions judiciaires et de police des consuls de France en pays étrangers. См. Dislere et Mony pp. 321—327, 232—255; Pélissié du Rausas pp. 291—318.

[2]) Pélissié p. 292.

[3]) Напр., эдиктъ совершенно не касается возраженій, встрѣчныхъ исковъ,



Но нарушенія правилъ этого устава служатъ во французской судебной практикѣ только тогда поводомъ къ кассаціи, когда онѣ носятъ *существенный* характеръ (nullités substantielles) [1]).

Эдиктъ не знаетъ мирового разбирательства [2]).

Процессъ начинается подачею консулу лично или чрезъ повѣреннаго исковой жалобы, которая можетъ быть замѣнена заявленіемъ, регистрируемымъ въ канцеляріи консульства (ст. 9). На основаніи этой жалобы консулъ издаетъ ордонансъ, коимъ онъ назначаетъ сторонамъ срокъ для явки въ судъ, сообразуясь съ разстояніемъ и обстоятельствами; консулъ можетъ вызвать стороны и немедленно, при чемъ его постановленія не могутъ быть обжалованы (ст. 10). Послѣ изданія ордонанса исковое прошеніе и повѣстка о вызовѣ сообщаются отвѣтчику [3]).

Стороны обязаны явиться въ судъ лично (ст. 14); но въ случаѣ болѣзни, отсутствія и другихъ препятствій онѣ могутъ прислать вмѣсто себя повѣренныхъ или даже только состязательныя бумаги (ст. 15).

Если дѣло кажется консульскому суду достаточно яснымъ, онъ можетъ немедленно постановить рѣшеніе по существу, (ст. 16), хотя бы стороны возбуждали предварительные вопросы [4]). Такое отступленіе отъ права метрополіи, конечно, вполнѣ соотвѣтствуетъ духу эдикта 1778 года.

отказа отъ иска и пр.; не упоминаетъ онъ и о судопроизводствѣ по нѣкоторымъ спеціальнымъ дѣламъ, напр., бракоразводнымъ, особо регулируемымъ законами метрополіи. Здѣсь, очевидно, примѣнимы правила устава гражданскаго судопроизводства. Pélissié p. 293—294.

[1]) Pélissié p. 296—297; Dislère et Mony p. 238.

[2]) Ср. Pélissié p. 300. Dislere et Mony (p. 238) говорятъ, что на практикѣ консула (не консульскіе суды) дѣлаютъ все-таки попытки къ примиренію сторонъ, примѣняя ст. 52, 53 и 54 уст. гражд. суд.

[3]) Или лично, или по мѣсту жительства, или же, въ случаѣ неизвѣстности мѣста пребыванія, путемъ публикаціи въ канцеляріи консульства (ст. 11—12). Повѣстка подписывается секретаремъ консульства и для своей дѣйствительности должна, кромѣ вызова къ судъ, содержать имена отвѣтчика и лица, коему она была вручена или упоминаніе о публикаціи (ст. 11—12).

[4]) Cour d'Aix 28 déc. 1858 et 28 nov. 1859, Dislere et Mony p. 240.



Если же судъ не находитъ возможнымъ постановить рѣшеніе немедленно на основаніи представленныхъ документовъ, онъ приступаетъ къ выясненію обстоятельствъ. Эдиктъ регулируетъ осмотръ на мѣстѣ (ст. 18), допросъ отсутствующей стороны (ст. 17), экспертизу (ст. 19) и розыскъ (enquête, ст. 21—25). Процедура розыска крайне несложна. Сторона, требующая enquête, должна тутъ же указать своихъ свидѣтелей, послѣ чего судъ назначаетъ день явки. За неявку свидѣтели подлежатъ пенѣ и приводу. Противъ свидѣтелей могутъ быть предъявлены отводы. Допросъ производится *суммарнымъ* порядкомъ.

Рѣшеніе консульскаго суда постановляется по большинству голосовъ и объявляется консуломъ. Кассаціонный судъ требуетъ подписи только консула и секретаря, не асессоровъ [1]). Эдиктъ не опредѣляетъ формы и содержанія рѣшенія; кассаціонная практика требуетъ соблюденія тѣхъ пунктовъ 141 ст. уст. гражд. суд., которые имѣютъ наиболѣе важное значеніе [2]). Рѣшеніе сообщается сторонамъ, хотя бы онѣ присутствовали при его чтеніи, тѣмъ же порядкомъ, какъ и повѣстки о вызовѣ въ судъ. Сообщеніе дѣйствительно только при тѣхъ же условіяхъ, при какихъ дѣйствителенъ вызовъ въ судъ (ст. 27) [3]).

Рѣшенія французскихъ консульскихъ судовъ исполняются всѣми способами, допускаемыми французскимъ правомъ или договорами и обычаями [4]). Мѣстная власть, согласно капитуляціямъ, оказываетъ консулу, по мѣрѣ надобности, содѣйствіе. Однако, 36 статья эдикта, допускающая личное задер-

---

[1]) Pélissié p. 306.

[2]) Такъ приведеніе въ рѣшеніи именъ и мѣстожительства сторонъ, равно какъ обстоятельствъ дѣла (points de fait et de droit) и заключеній сторонъ, обязательно, подъ страхомъ ничтожности рѣшенія. Означеніе профессій сторонъ не обязательно. См. Dislere et Mony p. 241.

[3]) Pélissié p. 307.

[4]) Ст. 27 эдикта: „...seront en conséquence lesdites parties contraintes à exécuter lesdites sentences par les voies usitées dans les différents consulats". *Ст. 35:* „...... Indépendamment de l'exécution des sentences de nos consuls par toutes les voies praticables dans les pays où elles auront été rendues....."



жаніе за долги, должна считаться отмѣненной, въ виду французскаго закона 1867 года, уничтожившаго этотъ институтъ.

Рѣшенія французскихъ консульскихъ судовъ подлежатъ исполненію не только въ Турціи, но и во Франціи, наравнѣ съ рѣшеніями судовъ метрополіи (эдиктъ ст. 35) безъ всякой омологаціи; точно также рѣшенія судовъ метрополіи исполняются безъ всякой повѣрки консульскими судами, если ихъ подлинность удостовѣрена французскимъ министерствомъ иностранныхъ дѣлъ (ст. 10 ордонанса 25 октября 1833 г.) [1]).

Предварительное исполненіе рѣшенія, независимо отъ поданныхъ противъ него отзывовъ и жалобъ, допускается только, когда взысканіе присуждено: 1) по векселю или другому письменному обязательству (ст. 30), 2) на основаніи словеснаго договора или текущаго счета (ст. 31). Во второмъ случаѣ судъ долженъ истребовать обезпеченіе отъ стороны, просящей объ исполненіи (ст. 32).

Переходимъ къ порядку обжалованія рѣшеній. Срокъ для подачи *отзыва* противъ *заочнаго* рѣшенія трехдневный и исчисляется со времени дѣйствительнаго полученія рѣшенія отвѣтчикомъ или его повѣреннымъ; но къ *исполненію* заочнаго рѣшенія судъ приступаетъ во всякомъ случаѣ черезъ три дня послѣ его объявленія или лично отвѣтчику, или въ мѣстѣ его жительства, или посредствомъ публикацій (ст. 28). Ко вторичному разсмотрѣнію дѣла надлежитъ приступать въ скорѣйшій срокъ, съ соблюденіемъ формъ упрощеннаго производства (ст. 29). Заочное рѣшеніе теряетъ силу, если не было исполнено въ 6 мѣсячный срокъ [2]).

Апелляціонное производство совершенно не регулируется эдиктомъ, который только постановляетъ, что апелляціонныя жалобы на рѣшенія консульскихъ судовъ подаются въ *Экскую* судебную палату (ст. 37). Рѣшенія этой палаты и касса-

---

[1]) „Les arrêts, jugements, on actes rendus on paosés en France, ne pourront être éxécutés on admis dans nos consulats qu'après avoir été légalisés par notre ministre des affaires étrangères ou par les fonctionnaire qu'il aura délégués....".

[2]) Рѣшеніе *Экскаго* суда 6 авг. 1864 г. объявило это постановленіе 156 ст. уст. гр. суд. примѣнимымъ и на Востокѣ (Dislere et Mony p. 248).



ціоннаго суда предписываютъ соблюденіе всѣхъ *существенныхъ* формальностей устава гражданскаго судопроизводства.

Такъ, апелляція на рѣшенія консульскихъ судовъ допускается только по искамъ, превышающимъ 1500 франковъ [1]). Жалоба подается въ двухмѣсячный срокъ, если стороны живутъ въ томъ же консульскомъ округѣ; срокъ увеличивается, согласно 73 и 445 ст. уст. гр. суд., если одна изъ сторонъ живетъ въ другомъ округѣ или во Франціи [2]). Жалоба подается консулу и должна быть сообщена противной сторонѣ лично; со стороны содержанія она должна удовлетворять требованіямъ устава гражданскаго судопроизводства; но актъ сообщенія (signification) можетъ быть сдѣланъ въ формахъ lex loci [3]).

Эдиктъ не упоминаетъ ни о частной жалобѣ (requête civile), ни о кассаціи. Но юриспруденція допускаетъ и тотъ и другой видъ пересмотра консульскихъ рѣшеній. Частныя жалобы подсудны Экской апелляціонной палатѣ; кассаціонныя жалобы—кассаціонному суду [4]).

Стороны могутъ, конечно, какъ во Франціи, рѣшать споры третейскимъ судомъ, причемъ консулъ долженъ утвердить третейское рѣшеніе. Консулъ можетъ быть даже самъ избранъ въ третейскіе судьи [5]).

§ 2. *Итальянское* гражданское судопроизводство мало чѣмъ отличается отъ французскаго [6]). Изъ особенностей его отмѣтимъ слѣдующія.

Рѣшеніе, произнесенное въ присутствіи сторонъ, считается имъ объявленнымъ и не требуетъ дальнѣйшаго сообщенія (ст. 101). *Предварительное* исполненіе рѣшеній никогда *не обязательно* для суда, но за то *можетъ* быть допущено имъ во всѣхъ случаяхъ; предварительное исполненіе допускается безъ обезпеченія, если взысканіе присуждено по

---

[1]) Aix 25 Juin 1863; Cass. 21 avril 1869 (Dislere et Mony p. 251).

[2]) Cass. 3 Janv. 1865 et 20 Juil. 1870, Dislere et Mony p. 252.

[3]) Dislere et Mony p. 253; Pélissié p. 316—316.

[4]) Dislere et Mony p. 254; Pélissié p. 317—318.

[5]) Dislere et Mony p. 255.

[6]) Законъ 28 января 1866, ст. 76—110.

векселямъ, бумагамъ на предъявителя, текущимъ счетамъ, и вообще по обязательствамъ, основаннымъ на крѣпостныхъ или признанныхъ актахъ. Въ остальныхъ случаяхъ требуется обезпеченіе (см. 107).

Апелляціонныя жалобы допускаются только на рѣшенія по искамъ, превышающимъ 1500 лиръ; онѣ подсудны *Анконской* судебной палатѣ. Сторона, желающая апеллировать, подаетъ сначала, въ 10 дневной срокъ, особую *декларацію* въ консульскій судъ, постановившій рѣшеніе, которая сообщается въ 8 дневный срокъ противной сторонѣ, самый срокъ подачи апелляціонной жалобы 4 или 6 мѣсячный (ст. 105). *Кассаціонныя* жалобы допускаются какъ на рѣшенія Анконской палаты, такъ и консульскихъ судовъ, но не на рѣшенія консуловъ (ст. 138 и 168).

Самое же замѣчательное постановленіе консульскаго закона 1866 года несомнѣнно содержится въ 167 ст., которая гласитъ: „Нарушеніе формъ судопроизводства тогда лишь ведетъ къ его ничтожности, если оно приводитъ къ неизвѣстности, относительно лицъ, предмета иска, мѣста и времени явки въ судъ, или если оно касается сущности акта". Эта статья устанавливаетъ, такимъ образомъ, принципъ возможной простоты судопроизводства на Востокѣ [1]).

§ 3. Согласно 18 ст. декрета 31 марта 1855 года, *австрійскіе* консульскіе суды I инстанціи примѣняютъ въ гражданскихъ дѣлахъ уставъ для западной Галиціи (westgalizische Gerichtsordnung) 1796 года, а въ дѣлахъ о несостоятельности конкурсный уставъ 1853 года. Кромѣ этихъ общихъ ссылокъ на отечественное право декретъ 1855 года содержитъ также нѣсколько спеціальныхъ постановленій, имѣющихъ цѣлью упрощеніе процесса. Такъ, 25 ст. воспрещаетъ жалобы на частныя опредѣленія судовъ впредь до окончательнаго рѣшенія дѣла. Крайне любопытна 27 статья

---

[1]) Art 167. Non saranno però ammesse altre nullità di forme, fuorché quelle che lasciane assoluta incertezza sulle persone, sull'oggetto delle istanze, sul luogo e sul termine per comparire, ovvero che concernono l'essenza dell'atto.



предписывающая высшимъ австрійскимъ судамъ [1]) отмѣнять только такія рѣшенія консульскихъ судовъ, которыя нарушаютъ *существенныя* правила австрійскаго судопроизводства, но въ то же время указывать этимъ судомъ на всякія нарушенія, *съ цѣлью постепеннаго достиженія болѣе точнаго соблюденія* австрійскихъ законовъ [2]).

Порядокъ производства въ высшемъ консульскомъ судѣ (Consular-Obergericht), въ Константинополѣ учрежденномъ закономъ 30 августа 1891 года, подробно регулированъ декретомъ 30 іюля 1897 года [3]).

§ 4. Въ силу 41 ст. *Германскаго* консульскаго устава, единоличный и коллегіальный консульскій судъ одинаково руководствуются процессуальными нормами, примѣняемыми Amtsgericht'ами (ст. 495—510 герм. уст. гр. суд. изданія 1898 года); между тѣмъ, только компетенція *консуловъ* совпадаетъ съ компетенціею этихъ судовъ, а *консульскимъ коллегіальнымъ судамъ* подсудны дѣла, входящія въ вѣдомство Landgericht'овъ (ст. 7 и 10 конс. устава). Такимъ образомъ, гражданскій консульскій процессъ совершается въ слѣдующихъ формахъ [4]).

Истецъ можетъ вызвать отвѣтчика къ консулу для рѣшенія дѣла миромъ; если мировая не состоится, то, по просьбѣ сторонъ, дѣло разбирается немедленно, причемъ искъ вчинается словесно (ст. 510 уст. гр. суд.). Жалоба излагается устно

---

[1]) Въ то время Тріестскій и Вѣнскій суды были апелляціонной и кассаціонной инстанціями для консульскихъ судовъ въ Турціи.

[2]) Декретъ 1855 года остается въ силѣ въ виду 1 ст. декрета 30 іюля 1897 г., сохраняющей существующій порядокъ для судовъ 1 инстанціи.

[3]) II Hauptstück, II Abschnitt, §§ 85—88.

Приводимъ нѣкоторыя постановленія декрета. При верховномъ судѣ (Consular-Obergericht) ведется особый протоколъ (Einreichungsprotokoll), въ который заносятся всѣ поступающія бумаги. Каждый день протоколистъ представляетъ протоколъ предсѣдателю суда, который просматриваетъ всѣ бумаги и назначаетъ для каждаго дѣла судью-докладчика (Referent). Докладъ долженъ быть всегда письменнымъ. Предсѣдатель суда ведетъ пренія; докладчикъ подаетъ голосъ первымъ, предсѣдатель—послѣднимъ; рѣшеніе постановляется большинствомъ голосовъ. О ходѣ преній составляются подробные протоколы.

[4]) Ср. König, Handbuch des Deutschen Konsularwesens 1902, pp. 285—289.



и въ томъ случаѣ, когда стороны явились въ судъ безъ вызова, что допускается во всѣ обыкновенные судебные дни (ст. 500) (ordentliche gerichtstage). Въ остальныхъ случаяхъ исковая жалоба подается письменно консулу или заносится въ протоколъ (ст. 496). Затѣмъ консулъ назначаетъ срокъ для устнаго разбирательства, послѣ чего секретарь сообщаетъ жалобу противной сторонѣ, если истецъ не самъ взялъ на себя эту обязанность (ст. 497). Искъ считается вчиненнымъ съ момента сообщенія (499); если оно имѣетъ мѣсто въ округѣ консула, то судебное разбирательство можетъ начаться не ранѣе чѣмъ чрезъ 3 дня; въ другихъ случаяхъ по усмотрѣнію консула (498).

Устному разбирательству можетъ предшествовать обмѣнъ состязательныхъ бумагъ, но онъ не обязателенъ (ст. 78 и 129 уст. гр. суд.). Стороны не обязаны также имѣть повѣренныхъ (ст. 78, 79 уст. гр. суд.).

Устное разбирательство происходитъ либо въ судѣ консула (для дѣлъ подсудныхъ Amtsgericht'амъ) либо въ консульскомъ трибуналѣ (для дѣлъ подсудныхъ Landgericht'амъ). Оно начинается изложеніемъ сторонами своихъ притязаній (Anträge). Судъ обязанъ способствовать своими разспросами полному выясненію дѣла, причемъ каждая сторона должна высказаться по поводу фактовъ, приводимыхъ противникомъ (ст. 137—139 уст. гр. суд.).

Судъ можетъ постановлять частныя опредѣленія (Zwischenurtheile) или рѣшенія (Endurtheile) (ст. 300 и 305 уст. гр. суд.); и тѣ и другія провозглашаются или немедленно или не позже чѣмъ чрезъ недѣлю послѣ судоговоренія (ст. 310 уст. гр. суд.) и сообщаются сторонамъ, по ихъ ходатайству (ст. 317 уст. гр. суд.). Отзывы на *заочныя* рѣшенія подаются въ двухнедѣльный срокъ послѣ сообщенія (ст. 339). Рѣшенія консула по искамъ, цѣна коихъ не превышаетъ 300 марокъ, окончательны (ст. 43 конс. устава). Апелляціонныя жалобы на другія рѣшенія консула и на всѣ рѣшенія консульскаго суда подсудны имперскому суду (ст. 14 конс. уст.). Жалоба подается консулу, причемъ апелляторъ не обязанъ

дѣйствовать чрезъ повѣреннаго [1]); жалоба сообщается противной сторонѣ ex officio. Затѣмъ консулъ препровождаетъ все дѣлопроизводство въ Имперскій судъ, который рѣшаетъ допустима ли (statthaft) апелляціонная жалоба и подана ли она въ законный срокъ и въ законной формѣ (ст. 535 уст. гр. суд.), и въ случаѣ признанія допустимости назначаетъ день для разбирательства дѣла, не раньше истеченія двухнедѣльнаго срока со дня оповѣщенія противника апеллятора (ст. 45 конс. уст.) о законности и своевременности апелляціонной жалобы (ст. 535 уст. гр. суд.).

Частныя жалобы на опредѣленія консула или консульскаго суда (*Beschwerden*) тоже подсудны Имперскому суду. Но въ случаѣ *немедленной* (sofortige Beschwerde) *жалобы*, консулъ можетъ самъ измѣнить *всякое* свое рѣшеніе, не стѣсняясь ограниченіями этого права, установленными уставомъ гражданскаго судопроизводства (ст. 44 конс. уст.).

Кассація вовсе не извѣстна консульскому процессу [2]).

Въ дѣлахъ о признаніи ничтожности брака, снятіи опеки и объявленіи кого либо умершимъ, обязанности прокурора возлагаются консуломъ на одного изъ допущенныхъ имъ къ веденію дѣлъ адвокатовъ, или вообще на какого либо германскаго подданнаго, пребывающаго въ округѣ (см. 42 конс. уст.).

Принудительное исполненіе постановленныхъ консульскими судами рѣшеній совершается по тѣмъ же правиламъ, какъ и въ Германіи, и на основаніи прошенія подаваемаго консулу (ст. 46 конс. уст.).

Дѣла о *несостоятельности* относятся къ исключительной компетенціи консула, въ округѣ котораго несостоятельный должникъ имѣетъ промышленное предпріятіе, или (за неимѣніемъ таковаго) общей юрисдикціи котораго онъ подчиненъ. Отступленія отъ конкурснаго процесса въ Германіи содержится въ 47 статьѣ консульскаго закона, удлиняющей

[1]) При этомъ не принимается никакого залога (Berufungssumme); см. рѣшеніе Имперскаго суда отъ 4 февр. 1885 г. у Koenig l. c. p. 288.

[2]) König p. 289.



нѣкоторые сроки [1]). Окончательное распредѣленіе массы между кредиторами (Schlussvertheilung) производится съ согласія консула, отъ котораго зависитъ также утвержденіе конкордатовъ (Zwangsvergleich) [2]).

§ 5. *Англійскій* Order in Council 1899 года постановляетъ, что гражданское правосудіе отправляется согласно предписаніямъ англійскаго права, однако лишь поскольку позволяютъ обстоятельства (ст. 63). Верховный Судъ имѣетъ право издавать уставы судопроизводства для консульскихъ судовъ, подлежащіе утвержденію Статсъ-Секретаря (ст. 136). Но затѣмъ и самъ Order in Council довольно подробно регулируетъ форму англійскаго консульскаго процесса.

Характерными чертами этого процесса являются несомнѣнно его *простота*. „Несоблюденіе какой либо формальности, ошибка или упущеніе не дѣлаютъ ни одного процессуальнаго дѣйствія ничтожнымъ, если только, по мнѣнію суда, были соблюдены существенныя условія закона и справедливости (essential requisites of law and justice) (ст. 136)". Всѣ такія формальныя упущенія или техническія ошибки исправляются самимъ судомъ (ст. 65). И вмѣстѣ съ тѣмъ провозглашается принципъ: „каждый искъ выслушивается и разбирается въ суммарномъ порядкѣ" (ст. 65).

Переходимъ къ изложенію хода консульскаго процесса по Ордеру.

Дѣло начинается вызовомъ отвѣтчика къ суду чрезъ повѣстку (summons); вызовъ дѣйствителенъ въ теченіе 12 мѣсяцевъ, но можетъ быть до истеченія срока постоянно возобновляемъ на дальнѣйшіе 6 мѣсяцевъ. Если истецъ не преслѣдуетъ дѣла въ теченіе года по врученіи повѣстки отвѣтчику, судъ прекращаетъ дѣло (ст. 67—70).

---

[1]) Конкурсъ открывается только по требованію несостоятельнаго должника или одного изъ кредиторовъ. Консулъ назначаетъ одного куратора и опредѣляетъ срокъ для избранія другого куратора и конкурснаго управленія, (который не можетъ превышать 2 мѣсяцевъ, или 3-хъ, если округъ лежитъ внутри Азіатской Турціи), а также Anmeldefrist—срокъ для заявленія претензій къ конкурсной массѣ (отъ 2 недѣль до 3 мѣсяцевъ) и Prüfungstermin—срокъ для ихъ разсмотрѣнія, (не ранѣе 2 недѣль и не позже 3 мѣсяцевъ послѣ заявленія).

[2]) См. König l. c. pp. 289—291.



Состязаніе тяжущихся, по общему правилу, словесное; судъ можетъ, однако, потребовать отъ сторонъ письменнаго изложенія иска или отвѣта, точно также и доказательства представляются сторонами либо устно, либо письменно, по усмотрѣнію суда (ст. 72—73).

Судебныя засѣданія происходятъ въ назначенные дни, если того требуетъ количество дѣлъ; засѣданія только въ особыхъ случаяхъ объявляются судомъ негласными (ст. 66).

Присяжные засѣдатели участвуютъ только въ Верховномъ Судѣ; причемъ участіе ихъ въ разсмотрѣніи исковъ, стоимость коихъ превышаетъ 50 ф., *обязательно*, если о томъ проситъ одна изъ сторонъ; но и во всѣхъ другихъ случаяхъ Верховный Судъ *можетъ* слушать дѣло съ присяжными (ст. 74), а равно и съ ассессорами (ст. 75). Для провинціальныхъ судовъ участіе ассессоровъ обязательно при разборѣ исковъ, цѣна коихъ превышаетъ 300 ф. и факультативно въ остальныхъ случаяхъ (ст. 75). Мѣстные (локальны) суды судятъ всегда безъ присяжныхъ и ассессоровъ (ст. 23).

Мѣстные суды разбираютъ только иски, цѣна коихъ не превышаетъ 10 ф. ст. Апелляціонныя жалобы на рѣшенія мѣстныхъ судовъ приносятся Верховному Суду, который или самъ разсматриваетъ дѣло или поручаетъ провинціальному суду; жалоба подается въ мѣсячный срокъ, можетъ быть, однако, принята Верховнымъ Судомъ и по истеченіи этого срока; подача пріостанавливаетъ исполненіе рѣшенія, если жалобщикъ обезпечилъ судебныя издержки внесеніемъ одного фунта (ст. 77).

Право обжалованія рѣшеній *провинціальныхъ* судовъ въ Верховный Судъ принадлежитъ осужденной сторонѣ по искамъ, цѣна коихъ превышаетъ 50 ф., при чемъ она вноситъ залогъ (не свыше 100 ф.) для обезпеченія издержекъ апелляціоннаго производства, въ остальныхъ случаяхъ апелляція допускается по усмотрѣнію провинціальнаго или Верховнаго Суда. Срокъ подачи жалобы трехмѣсячный, но Верховный Судъ имѣетъ право принять ее до истеченія *шести* мѣсяцевъ послѣ постановленія рѣшенія (ст. 122) провинціальнымъ судомъ. Предварительное исполненіе этого рѣшенія за-

висить отъ усмотрѣнія провинціальнаго суда, который въ случаѣ исполненія требуетъ обезпеченія отъ истца, а въ случаѣ пріостановки отъ отвѣтчика (ст. 123).

Апелляціонная жалоба, объясненіе противной стороны и все дѣлопроизводство пересылаются провинціальнымъ судомъ въ Верховный Судъ (ст. 124—127), который назначаетъ день для апелляціоннаго разбирательства, оповѣщая объ этомъ стороны, или лично или чрезъ провинціальный судъ (ст. 128). Верховный Судъ можетъ требовать личнаго присутствія сторонъ при слушаніи дѣла, если считаетъ нужнымъ (ст. 129). Дѣло разбирается вновь по существу, и Верховный Судъ имѣетъ надъ сторонами тѣ же права, какъ если бы онъ судилъ ихъ въ первой инстанціи (ст. 131). Стороны могутъ ссылаться на новые факты, ставшіе имъ извѣстными лишь послѣ рѣшенія провинціальнаго суда; приведеніе же новыхъ доказательствъ допускается лишь съ разрѣшенія Верховнаго Суда (ст. 130). Верховный Судъ можетъ поручить провинціальному суду выяснить тотъ или другой вопросъ, а также передать ему все дѣло для вторичнаго разбора (ст. 131).

Верховному Суду принадлежитъ также право *пересмотра* (rehearing) собственныхъ рѣшеній, постановленныхъ въ первой или въ апелляціонной инстанціи; правомъ этимъ онъ пользуется по своему усмотрѣнію, иногда по просьбѣ сторонъ, иногда по собственной иниціативѣ (ст. 79).

На окончательныя (final) рѣшенія Верховнаго Суда по искамъ. цѣна коихъ превышаетъ 500 ф., допускается въ двухнедѣльный срокъ принесеніе жалобъ въ судъ короля (His Majesty the King in Council); Верховный Судъ можетъ, однако, допустить жалобу и во всѣхъ другихъ случаяхъ, а король—принять и по истеченіи апелляціоннаго срока. Принятіе жалобы обусловлено внесеніемъ залога не свыше 500 ф. для обезпеченія уплаты судебныхъ издержекъ. Предварительное исполненіе или пріостановка исполненія рѣшенія Верховнаго Суда зависитъ отъ усмотрѣнія сего послѣдняго и обусловлена внесеніемъ залоговъ со стороны истца или отвѣтчика (ст. 133—135).

Обезпеченіе исковъ допускается въ особо важныхъ случаяхъ, но вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Судъ можетъ издать опредѣленіе объ обезпеченіи при предъявленіи всякого иска превышающаго 5 ф., а также и до предъявленія иска; въ послѣднемъ случаѣ истецъ долженъ вчинить искъ въ теченіе 24 часовъ, безъ чего опредѣленіе теряетъ силу. Виды обезпеченія: наложеніе запрещенія на недвижимость, наложеніе ареста на денежныя суммы, задержаніе судна и поручительства. Судъ можетъ также подвергнуть отвѣтчика личному задержанію впредь до представленія имъ того или другого обезпеченія своей явки въ судъ и исполненія судебнаго рѣшенія. Съ другой стороны, истецъ можетъ быть приговоренъ судомъ къ возмѣщенію убытковъ отвѣтчику, если онъ проиграетъ дѣло или если судъ найдетъ, что онъ не имѣетъ достаточныхъ основаній просить объ обезпеченіи (см. 96—101).

Order in Council регулируетъ также довольно подробно порядокъ *исполненія* рѣшеній. Въ случаѣ неуплаты должникомъ причитающейся съ него въ силу рѣшенія суммы открывается новое судебное производство съ цѣлью выясненія его платоспособности; при этомъ судъ можетъ даже заключить въ тюрьму (на срокъ не свыше 40 дней) должника, не исполняющаго своего обязательства, несмотря на свою платоспособность. Это заключеніе не погашаетъ, однако, долга и не препятствуетъ обращенію взысканія на имущество должника. Точно также заключается въ тюрьму всякое лицо, неисполнившее наложенное на него судомъ обязательства неденежнаго свойства, пока оно его не исполнитъ (см. 87—95).

Order in Council содержитъ также постановленіе о *языкѣ*, на которомъ отправляется правосудіе. Всѣ бумаги, исходящія отъ суда и всѣ бумаги, подаваемыя въ судъ сторонами должны быть или на англійскомъ, или на французскомъ, или на итальянскомъ языкѣ. Присяга можетъ быть произносима и на родномъ языкѣ присягающаго, но тогда она сопровождается переводомъ на одинъ изъ трехъ языковъ. Если дѣло разбирается съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, то всѣ

пренія ведутся на англійскомъ языкѣ, при чемъ свидѣтельскія показанія на другомъ языкѣ подлежатъ переводу (ст. 138).

Болѣе подробныя правила гражданскаго судопроизводства въ англійскихъ консульскихъ судахъ содержатся въ Rules of Court 1899 года (Part III Civil Procedure)

§ 6. *Греческій* консульскій законъ самымъ подробнымъ образомъ регулируетъ формы гражданскаго производства въ консульскихъ судахъ (ст. 143—185). Приводимъ главнѣйшія положенія.

Исковая жалоба подается (въ двухъ экземплярахъ) консульскому представителю, который въ городахъ, гдѣ имѣются спеціальные суды, пересылаетъ ихъ предсѣдателямъ этихъ судовъ. Въ жалобѣ должны быть оговорены имя, занятіе, мѣсто жительства или пребыванія истца и отвѣтчика, предметъ иска и его обоснованіе. Но опущеніе одного изъ этихъ пунктовъ тогда только влечетъ за собою ничтожность жалобы, когда по мнѣнію судьи оно ведетъ къ сомнѣніямъ относительно тождества лицъ или предмета иска. Жалоба можетъ быть вчинена и устно въ канцеляріи консула; въ такомъ случаѣ о ней составляется протоколъ, двѣ копіи съ котораго представляются истцомъ или его повѣреннымъ консулу или предсѣдателю суда (ст. 143).

Консулъ или предсѣдатель суда издаетъ постановленіе о вызовѣ сторонъ въ судъ, при чемъ въ случаѣ необходимости можетъ предписать и немедленный вызовъ (въ тотъ же день). Постановленіе о вызовѣ отмѣчается на обоихъ оригиналахъ исковыхъ жалобъ или на копіяхъ протоколовъ жалобъ; одинъ изъ этихъ актовъ вмѣстѣ съ копіями объяснительныхъ документовъ вручается отвѣтчику; впрочемъ, если послѣдніе слишкомъ объемисты, отвѣтчикъ знакомится съ ними въ секретаріатѣ (ст. 146—147). Акты вручаются либо самому тяжущемуся, либо повѣренному, либо за отсутствіемъ ихъ, родственникамъ, прислугѣ или сожителямъ; если никого нѣтъ дома, или мѣстожительство неизвѣстно, то вызовъ въ судъ наклеивается на дверяхъ канцеляріи консульства въ присут-

ствіи двухъ или по крайней мѣрѣ одного свидѣтеля. О врученіи повѣстки составляется протоколъ, который подписывается какъ чиновникомъ, ее вручившимъ, такъ и вызываемымъ; въ случаѣ его отказа расписаться, повѣстка афишируется и составляется протоколъ объ этомъ отказѣ (ст. 148—151).

Стороны являются въ судъ лично или чрезъ представителей, но могутъ также ограничиться представленіемъ письменныхъ заключеній; судъ сохраняетъ, впрочемъ, право во всякое время потребовать личной явки (ст. 153). Стороны, не живущія въ округѣ компетентнаго консульскаго суда, должны имѣть въ немъ представителя, которому дѣлаются всѣ объявленія и сообщенія суда (ст. 154).

Судъ постановляетъ рѣшеніе, въ день, назначенный сторонамъ, по возможности немедленно (ст. 155). Въ случаѣ надобности, судъ можетъ назначить осмотръ на мѣстѣ (ст. 156), экспертизу (ст. 157—158: ex officio, или по просьбѣ сторонъ), а также, по просьбѣ сторонъ, оцѣнщиковъ убытковъ, причиненныхъ аваріей; рѣшеніе оцѣнщиковъ утверждается судомъ (ст. 159). Свидѣтели вызываются по требованію сторонъ; подлежатъ, въ случаѣ неявки, пенѣ и приводу; приводятся къ присягѣ (ст. 160—165).

Въ случаѣ неявки одной изъ сторонъ, дѣло рѣшается *заочно*. Срокъ для подачи отзыва на заочное рѣшеніе опредѣляется предсѣдателемъ суда, смотря по обстоятельствамъ и по разстоянію, но не можетъ быть короче 8 дней (ст. 166).

Судебныя рѣшенія, основанныя на синаллагматическихъ контрактахъ, векселяхъ, признанныхъ счетахъ, крѣпостныхъ или признанныхъ актахъ подлежатъ *предварительному исполненію*, не смотря на подачу на нихъ отзыва или апелляціонной жалобы (ст. 168). По другимъ дѣламъ предварительное исполненіе допускается въ случаѣ представленія заинтересованной стороною поручителя, а равно въ случаѣ внесенія денежнаго залога, равнаго стоимости иска, въ канцеляріи консульства, впредь до окончательнаго рѣшенія дѣла; точно также консулъ или предсѣдатель суда можетъ приказать судебному приставу взыскать присужденную сумму

и передать ее на храненіе въ канцелярію консульства (ст. 169—171).

По прошествіи законнаго срока, рѣшенія исполняются при посредствѣ указанныхъ уставомъ гражданскаго судопроизводства принудительныхъ мѣръ, примѣняемыхъ въ формахъ, обычныхъ въ мѣстѣ исполненія, посколько консульскій законъ не содержитъ особыхъ предписаній (ст. 172).

Такія особыя предписанія заключаются въ 173 и 174 статьяхъ консульскаго закона. По 173 ст. консульскіе суды назначаютъ *личное задержаніе* во всѣхъ предусмотрѣнныхъ греческими законами случаяхъ, но примѣняютъ его въ формѣ, принятой въ консульскомъ округѣ; но въ процессахъ между греками и иностранцами другихъ націй личное задержаніе къ греку примѣняется лишь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ національный законъ иностранца допускаетъ примѣненіе такой принудительной мѣры. По 174 ст. арестъ на имущество должника накладывается по предписанію мѣстнаго начальника консульства.

Апелляціонныя жалобы на рѣшенія консульскихъ судовъ по гражданскимъ и торговымъ дѣламъ подсудны *Аѳинской судебной палатѣ*. Жалобы на преюдиціальныя или частныя постановленія суда подаются одновременно съ апелляціонною жалобою (ст. 178). Апелляціонная жалоба подается въ 30 дневный срокъ консульской власти округа, въ которомъ было постановлено рѣшеніе (ст. 150). Жалоба принимается лишь по внесеніи въ консульствѣ суммы въ 50 драхмъ, которая взыскивается съ апеллятора апелляціоннымъ судомъ, въ случаѣ оставленія жалобы безъ послѣдствій (ст. 179) [1]. Жалоба въ 8 дневный срокъ должна быть сообщена консульской властью противной сторонѣ (ст. 183). По истеченіи мѣсячнаго срока со дня этого сообщенія, дѣло можетъ быть разсмотрѣно въ порядкѣ упрощеннаго производства (ст. 184).

Рѣшенія, постановленныя консулами и консульскими су-

---

[1]) Апелляціонная жалоба должна указывать представителя апеллятора въ Аѳинахъ, въ противномъ случаѣ всѣ сообщенія апеллятору дѣлаются по правиламъ уст. гр. судопр. ст. 182.



дами, могутъ быть обжалованы въ порядкѣ упрощеннаго производства (ст. 184).

Рѣшенія, постановляемыя консулами и консульскими судами, могутъ быть обжалованы въ *кассаціонномъ* порядкѣ, въ указанныхъ законами случаяхъ (ст. 185).

Жалобы на консуловъ, предсѣдателей и членовъ консульскихъ судовъ за *неправосудіе* (κακοδικιον) подсудны Аѳинской апелляціонной палатѣ (ст. 177).

„Относительно всего прочаго, не предусмотрѣннаго настоящимъ закономъ, дѣйствуютъ правила устава гражданскаго судопроизводства, насколько этому не препятствуютъ мѣстные законы и обычаи, или договоры“ (ст. 176).

А. Мандельштамъ.

(Окончаніе слѣдуетъ).

ЛИТЕРАТУРНОЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Fritz Fleiner, *Professor an der Universität Tübingen. Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Akademische Antrittsrede. Tübingen. 1906.* (Фрицъ Флейнеръ. Преобразованіе гражданско-правовыхъ институтовъ подъ вліяніемъ публичнаго права).

Авторъ, по своей спеціальности,—канонистъ и государствовѣдъ. Его первыя работы посвящены брачному праву. Изъ нихъ одна представляетъ расширеніе вступительной лекціи, прочитанной имъ, въ качествѣ молодого приватъ-доцента, въ Цюрихѣ и имѣетъ своимъ предметомъ извѣстнѣйшую cause célèbre—расторженіе брака Наполеона I и Императрицы Жозефины. Наиболѣе крупный трудъ автора—это обширное изслѣдованіе подъ названіемъ: „Staat und Bischofswahl im Bistum Basel": оно содержитъ исторію дипломатическихъ сношеній съ римской куріей въ 19 вѣкѣ и изложеніе дѣйствующаго права. Въ настоящее время Флейнеръ переселился изъ Швейцаріи (Базеля) въ Тюбингенъ, гдѣ и произнесъ въ университетѣ вступительную рѣчь на тему, заголовокъ которой выписанъ выше. Вопросы, затронутые въ этой рѣчи—одинаково интересной какъ для публициста, такъ и для цивилиста,—съ одной стороны, отличаются особенной важностью, а, съ другой, являются вопросами еще мало и во всякомъ случаѣ недостаточно выясненными въ наукѣ. Мнѣ кажется поэтому небезполезнымъ остановить вниманіе русскаго читателя-юриста на данной новѣйшей, хотя и небольшой по объему, работѣ нѣмецкаго ученаго. Въ особенности еще и въ виду того обстоятельства, что брошюра Флейнера не разъ касается ученій и моментовъ, которые подвергались обсужденію или хотя упоминанію въ двухъ тру-

дахъ, появившихся въ послѣднее время у насъ въ Россіи—въ диссертаціяхъ г. Тарановскаго [1]) и г. Горбунова [2]).

Германское административное право, заявляетъ нашъ авторъ въ началѣ своей лекціи, и по нынѣшній день ведетъ борьбу за признаніе своей самобытности. Этотъ фактъ объясняется исторически. Когда полицейское государство надѣлило органы управленія неограниченными полномочіями, князья и ихъ чиновники стали проявлять стремленіе уйти отъ контроля, который до того времени, въ отношеніи административныхъ мѣстъ, принадлежалъ имперскимъ судамъ. Свободное усмотрѣніе сдѣлалось основнымъ началомъ всего управленія. Отсюда понятны попытки, наблюдаемыя въ отдѣльныхъ территоріяхъ, пополнить образовавшійся пробѣлъ въ системѣ правовой защиты. Требуемое восполненіе было дѣломъ такъ наз. теоріи фиска („Fiscustheorie“). Она отправлялась отъ того положенія, что публичное имущество—достояніе не суверена, а совершенно отличнаго отъ него правового субъекта, фиска или казны, т. е. лица, стоящаго на почвѣ имущественнаго права и оттого подчиненнаго, какъ всякое другое частное лицо, гражданскому праву и гражданскому суду. Въ такомъ новомъ взглядѣ подданный обрѣталъ средство привлекать государство къ судебной отвѣтственности во всѣхъ имущественныхъ спорахъ.

Названная теорія по двумъ направленіямъ оказала серьезное вліяніе на развитіе публичнаго права въ Германіи. Она, во-первыхъ, создала, для обширнаго круга вопросовъ, безпристрастный форумъ, и она же, во-вторыхъ, отнесла къ сферѣ господства частнаго права рядъ правоотношеній, въ которыхъ заинтересованной стороной была администрація. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ и заключается главенствующее значеніе теоріи во весь послѣдующій періодъ: обсуждая извѣстныя правоотношенія согласно цивилистическимъ воззрѣніямъ, она тѣмъ самымъ надолго ихъ прикрѣпила къ области права частнаго.

Но когда, въ началѣ 19 столѣтія, произошли крупныя перемѣны въ судьбахъ публичнаго права, когда старинныя инструк-

---

[1]) „Юридическій методъ въ государственной наукѣ. Очеркъ развитія его въ Германіи. Историко-методологическое изслѣдованіе“. Варшава 1904. Рецензія (проф. Нечаева) объ этой книгѣ помѣщена въ Ж. М Ю. 1905. кн. 7, стр. 336 и сл.

[2]) „Методологическія основы дисциплинъ, изучающихъ дѣятельность государства. I, Часть историческая. Выпускъ первый. Историческій очеркъ нѣмецкой литературы“. Москва. 1906. Объ этой работѣ см. статью проф. Новгородцева въ Ж. М. Ю. 1906, кн. 7, стр. 300 и сл.



ціи для чиновниковъ превратились въ правовыя нормы съ „двусторонне обязательной силой“ (Іерингъ), тогда, наряду съ примѣнявшимися въ судахъ положеніями, выступило, въ качествѣ равноцѣннаго фактора, и административное право. Во Франціи, гдѣ во времена ancien régime существовалъ, независимо отъ германской Fiscustheorie, надзоръ гражданскихъ судовъ за администраціей,—тамъ новое теченіе не замедлило привести къ соотвѣтственному выводу. Гражданскіе суды были объявлены некомпетентными въ разрѣшеніи споровъ, въ которыхъ участіе принимаетъ администрація, и замѣнены, въ этихъ предѣлахъ, судами административными. А изъ неподсудности дѣлъ гражданскому суду практика сдѣлала дальнѣйшій выводъ о непримѣнимости и самаго гражданскаго права. Вотъ какимъ путемъ во Франціи укоренилось положеніе, что государство всецѣло руководствуется публичнымъ правомъ, и что дѣйствіе гражданскаго права лишь постольку на него распространяется, поскольку оно, государство, само открыто признало его господство.

Иначе шло развитіе въ Германіи. И здѣсь, правда, получилъ признаніе тотъ взглядъ, что и административныя нормы—нормы правовыя. но здѣсь съ этимъ признаніемъ, ни въ одной территоріи, не съумѣли связать коренную реформу управленія и учрежденія отдѣльныхъ органовъ административной юстиціи. Гражданскіе суды, вслѣдствіе того, по прежнему оставались единственными независимыми мѣстами, куда могъ обратиться подданный съ своей тяжбой противъ правительственнаго установленія. И попрежнему гражданскіе суды обладали тою подвѣдомственностью, которая уже раньше была у нихъ на основаніи фискальной теоріи, попрежнему также гражданское право доставляло нормы и для многочисленныхъ правоотношеній администраціи.

Однако, незамѣтно и медленно наступаетъ и въ Германіи важное отклоненіе отъ стараго порядка вещей—отклоненіе, вызванное измѣненіемъ понятія фиска. Съ появленіемъ единой государственной власти, дуализмъ между государствомъ и фискомъ утратилъ свой смыслъ, и новое государственное право стало учить, что казна представляетъ отнюдь не отличное отъ государства лицо, а только имущественноправовую сторону того же государства. Это означало крушеніе фискальной теоріи, ибо изъ новаго ученія вытекало, что когда судья рѣшаетъ спорное дѣло казны, онъ творитъ судъ надъ самимъ государствомъ. Правда и тутъ, несмотря на все, сохраняется для казенныхъ споровъ компетенція и гражданскихъ судовъ

и гражданскаго права, тѣмъ не менѣе, въ соотвѣтствіи съ новымъ положеніемъ, обнаружилась необходимость отыскать и новое объясненіе. Такое объясненіе или оправданіе взяла на себя та теорія, которая и до настоящаго времени является въ нѣмецкой наукѣ господствующей. Государство, гласитъ она, руководствуется двоякимъ правомъ, публичнымъ и частнымъ. *Когда* однимъ и *когда* другимъ, этого не можетъ опредѣлить никакая общая формула, а опредѣляетъ это либо законодатель, либо, въ особенности, суды въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Данный взглядъ усвоенъ и имперскимъ законодательствомъ. Въ законѣ о введеніи въ дѣйствіе германскаго устава гражданскаго судопроизводства содержится запретъ партикулярнымъ законодательствамъ исключать судебный порядокъ на томъ, де, основаніи, что одна изъ сторонъ—„казна, община или какая-либо другая публичная корпорація" (§ 4), а общеимперское учрежденіе судебныхъ установленій дополняетъ это правило тѣмъ, что § 17 предоставляетъ гражданскому судьѣ рѣшеніе вопроса о допустимости или недопустимости въ подобныхъ случаяхъ судебнаго производства. Конечно, рѣшеніемъ судьи въ утвердительномъ смыслѣ еще ничего не предрѣшено относительно матеріальнаго права, по коему должно обсуждаться спорное правоотношеніе. Но небезразлично и то, что не иной кто какъ *гражданскій* судья былъ призванъ первоначально рѣшать, „къ чему тяготѣетъ правоотношеніе" (Савиньи). Уже въ этомъ, несомнѣнно, заключался плюсъ въ пользу примѣнимости гражданскаго права—плюсъ, который затѣмъ едва ли существенно уменьшился даже послѣ того, какъ были введены специальные суды для разсмотрѣнія вопросовъ пререканія о подсудности между судебными и правительственными мѣстами. Два обстоятельства, главнѣйшимъ образомъ, оказали здѣсь свое дѣйствіе: во-первыхъ, то, что всюду, гдѣ законодатель молчитъ, именно гражданскоправовая характерная правоотношенія судью и приводитъ къ судебному разбирательству, и, во-вторыхъ, отсутствіе или недостатокъ, на пространствѣ обширныхъ областей, такихъ готовыхъ нормъ публичнаго права, которыя бы могли лечь въ основаніе обсужденія споровъ съ администраціей.

Въ обоихъ отношеніяхъ вторая половина сейчасъ истекшаго столѣтія произвела окончательный переломъ. Предположенія, служившія отправными точками при примѣненіи гражданскаго права, въ значительной своей части отпали. Изъ пестраго сбора разнородныхъ свѣдѣній по исторіи, политикѣ и политической экономіи успѣла вырасти наука германскаго административнаго права, какъ

юридическая дисциплина. При помощи тѣхъ же строго юридическихъ методовъ, которымъ такъ много обязана наука гражданскаго права, и данная новая отрасль правовѣдѣнія задалась цѣлью найти правовыя начала, приложимыя къ правоотношеніямъ администраціи. Далѣе, открытіе особыхъ административныхъ судовъ въ большомъ числѣ германскихъ союзныхъ государствъ породило равноцѣнную гражданскому суду правовую защиту въ сферѣ публичнаго права. Пусть, къ сожалѣнію, компетенція этихъ судовъ нерѣдко оказалась слишкомъ узкой, но при всемъ томъ ихъ значеніе для дальнѣйшаго развитія административнаго права и его самостоятельности было, по истинѣ, огромно.

Въ свою очередь, эти факты не остались безъ вліянія на взгляды по вопросу о задачахъ и сферѣ дѣйствія публичнаго права. Отношеніе къ послѣднему стало глубже, появился критическій смыслъ, и началась повѣрка того, насколько частное право и въ настоящее время еще способно поставлять юридическія формы для права управленія. Естественнымъ послѣдствіемъ было, что публичноправные элементы и воззрѣнія начали вытѣснять гражданское право съ его институтами. Этотъ процессъ еще теперь происходитъ, онъ протекаетъ на нашихъ глазахъ, неспѣшно и спокойно, безъ кореннаго разрыва съ прошедшимъ.

Было бы заблужденіемъ полагать, что при этомъ все исчерпывается замѣною одной конструкціи другою, частноправной публичноправною, безъ измѣненія самого правового явленія по существу. Нѣтъ, новая юридическая конструкція служитъ только средствомъ къ освобожденію области управленія отъ господства въ ней права, ей чуждаго, и къ созданію особыхъ принциповъ, отвѣчающихъ своеобразнымъ задачамъ и интересамъ управленія. Гражданское право, въ роли Прокрустова ложа для публичныхъ правообразованій, очевидно, не могло способствовать ихъ свободному и органическому развитію.

Если не совсѣмъ легко, въ данномъ процессѣ, подвести итоги, между прочимъ и по той причинѣ, что въ разныхъ территоріяхъ скорость его была то же разная,—то всетаки возможно и въ настоящее уже время отмѣтить слѣдующія болѣе или менѣе безспорныя завоеванія.

Первое мѣсто въ исторической послѣдовательности здѣсь принадлежитъ теоріи „смѣшанныхъ правоотношеній“. Эта теорія учитъ, что въ извѣстныхъ институтахъ, которые наука раньше всецѣло относила къ частному праву, содержатся, въ слитномъ видѣ, эле-

менты какъ цивилистическіе, такъ и публицистическіе. Отсюда дѣлается выводъ, что одно и то же правоотношеніе подлежитъ разсмотрѣнію на основаніи частью гражданскаго, частью же публичнаго права. Ученіе это впервые развилъ Пертесъ (Perthes) въ 1838 году (въ трудѣ на нѣмецкомъ языкѣ „О государственной службѣ въ Пруссіи“), съ цѣлью перенести на новую, публично-правовую, почву отношеніе лица, состоящаго на службѣ у государства, къ самому государству. По примѣру Геннера, и Пертесъ отказывается въ данномъ правоотношеніи видѣть не иное что какъ договоръ личнаго найма. Но одинъ цивилистическій моментъ остается и у Пертеса: это—притязаніе на жалованье, каковое притязаніе стремится удовлетворить личный интересъ чиновника, отличается имущественной природой и потому должно считаться гражданско-правовымъ. Съ одной стороны, слѣдовательно, открывается просторъ для разработки спеціальной вѣтви права въ сферѣ публичной, согласно потребностямъ государства, а, съ другой, за должностнымъ лицомъ сохраняется неприкосновеннымъ его право обратиться къ государству съ требованіемъ о выдачѣ содержанія въ порядкѣ судебномъ и на почвѣ частнаго права.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ была найдена драгоцѣнная юридическая форма, приносившая двойную выгоду: съ ея помощью правоотношеніе сбрасывало съ себя частно-правную оболочку, давнымъ-давно обнаружившую свою непригодность, и въ то же время отъ гражданскаго права не отрывалась та составная часть правоотношенія, для которой публичный правопорядокъ все еще не обѣщалъ надежныхъ средствъ защиты. Неудивительно, если за подобный способъ рѣшать проблемы изъ трудной области на рубежѣ между судомъ и управленіемъ ухватились съ жадностью, если его стали примѣнять по возможности широко. Такъ, при его посредствѣ успѣлъ выясниться одинъ изъ наиболѣе трудныхъ вопросовъ: вопросъ о вещахъ въ общественномъ пользованіи. Какова юридическая природа этихъ вещей, относятся ли онѣ къ частному, или, обратно, къ публичному праву, и т. п., на этотъ счетъ въ Германіи и Швейцаріи царило полное разногласіе. Только знаменитому Базельскому процессу, завершившемуся въ 1859—1861 гг., суждено было пролить свѣтъ. И теорія и практика отвергли точку зрѣнія, подчинявшую названныя общественныя вещи исключительно публичному праву и допускавшую лишь чисто публицистическое отношеніе. Но точно также не обратилось въ communis doctorum opinio и мнѣніе противоположное—въ пользу чисто гражданско-правового отно-



шенія. Наибольшій успѣхъ выпалъ на долю той теоріи, которая гласила: право собственности распространяется и на публичныя вещи, вродѣ улицъ, площадей, крѣпостей и т. п., однако, эти вещи подвержены дѣйствію публичнаго права, поскольку рѣчь идетъ о публичномъ интересѣ и, въ частности, о пользованіи данными вещами. Это разграниченіе оказалось полезнымъ. Ни въ Германіи, ни въ нѣмецкой Швейцаріи не имѣлось спеціальныхъ нормъ для публичной собственности, равнымъ образомъ не существовало и административныхъ судовъ, которые могли бы, въ порядкѣ практики, подражая французскимъ судамъ, выработать понятіе „domaine public“. Благодаря привлеченію гражданскаго права, удалось, весьма легко и просто, осуществить примѣненіе къ публичнымъ вещамъ всѣхъ положеній сосѣдскаго права, затѣмъ, правилъ объ отвѣтственности собственника за недостатки вещи, и т. д.,— другими словами, удалось обезпечить за гражданиномъ, внѣ сферы публичнаго интереса, всѣ тѣ притязанія противъ государства и общины, какія онъ вправѣ предъявить и къ любому частному лицу [1]).

Ту же юридическую операцію извлеченія публичнаго элемента изъ частноправнаго института Лабандъ (въ Arch. f. d. civ. Prax. 1869, т. 52) примѣнилъ еще въ другой области. Онъ показалъ, что традиціонное объясненіе экспропріаціи, какъ принудительной купли—продажи, несогласно съ фактическими обстоятельствами, что переходъ права собственности тутъ совершается вовсе не на основаніи договора, заключеннаго между государствомъ (предпринимателемъ) и собственникомъ, а въ силу односторонняго акта государственной власти, и что, слѣдовательно, экспропріаціи должно отвести мѣсто въ публичномъ правѣ. Ее туда и перенесли. Но что было дѣлать съ вознагражденіемъ? Ясно, что прежній на него взглядъ, какъ на pretium rei, не могъ болѣе поддерживаться. Лабандъ придумалъ выходъ: односторонній актъ государства, сказалъ онъ, создаетъ частоправное притяганіе на вознагражденіе, причемъ это притяганіе, естественно, подлежитъ разсмотрѣнію гражданскихъ судовъ.

Эта формула оказалась чрезвычайно плодотворной. Она была способна примирить судебныя учрежденія съ независимостью пуб-

---

[1]) Ср. объ общественныхъ вещахъ появившуюся въ послѣднее время работу: Biermann, Die offentlichen Sachen, а также мою статью о ней въ „Вѣстникѣ Права“ 1906, кн. 2, стр. 395 и слѣд.

личнаго права, успокоивъ ихъ на счетъ судьбы частныхъ требованій но адресу государства и общины. „Формула раздѣленія" („Scheidungsformel"), какъ ее называютъ, едва ли не господствуетъ нынѣ въ Германіи. Она утилизируется въ вопросахъ, какъ желѣзнодорожныя концессіи и привилегіи въ податномъ дѣлѣ, далѣе, при залогахъ должностныхъ лицъ и т. д. (ср. законъ о введеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія ст. 90 и 91), гдѣ юридическая конструкція такова, что обязательство внести залогъ установляется одностороннимъ актомъ верховной власти, исполненіе же обязательства осуществляется въ формахъ частнаго права (закладъ, поручительство и т. п.).

Но интересующій насъ процессъ и на этомъ не остановился. Онъ вступилъ въ слѣдующій фазисъ своего развитія. Нельзя было не возникнуть вопросу: въ чемъ внутреннее основаніе того, что цѣльный правовой институтъ разрывается, что одна его сторона обсуждается по совершенно инымъ началамъ, чѣмъ прочія части? Вопросъ этотъ не только теоретическій. Юридическая характеристика притязанія важна въ разнообразныхъ отношеніяхъ: для подвѣдомственности, для давности, для зачета. Между тѣмъ соображеніе, имѣвшее рѣшающее значеніе съ точки зрѣнія фискальной теоріи, уже безсильно сослужить службу: что имущественная цѣнность на всякое требованіе кладетъ гражданско-правовой отпечатокъ, мы болѣе не вѣримъ. Какъ не вѣримъ, будто всѣ требованія, имѣющія своимъ предметомъ удовлетворенія индивидуальнаго интереса, относятся къ праву непремѣнно частному. Ибо, въ конечномъ итогѣ, и то, что гражданинъ получаетъ отъ государства, точно также удовлетворяетъ его личный интересъ. И безъ насильственнаго раздѣленія на части единаго института и прикрѣпленія одной изъ нихъ къ гражданскому праву, нетрудно понять, что у гражданина и по отношенію къ государству могутъ быть надѣленныя правовой защитой притязанія. Если въ другихъ многочисленныхъ областяхъ публичнаго права за гражданиномъ признаны субъективныя права, то почему бы не признать субъективнымъ публичнымъ правомочіемъ въ притязаніяхъ имущественнаго содержанія, разъ его источникъ—право публичное? И дѣйствительно: въ настоящее время суды—правда, съ крайней осторожностью и не безъ колебаній—въ требованіи собственника принудительно отчужденной недвижимости, какъ и въ требованіи чиновника, ищущаго свое жалованье, уже усматриваютъ требованія публично-правнаго характера.

Впрочемъ, такое развитіе не всюду привело къ столь полному перѣшенію гражданскаго права. Въ рядѣ случаевъ по настоящій день оперируютъ, каждый разъ, и съ публичнымъ и съ частнымъ правомъ. Это въ особенности должно сказать объ уже упоминавшейся категоріи общественныхъ вещей. Во всѣ времена наблюдаются попытки объявить публичное право единственнымъ вершителемъ судебъ публичныхъ вещей. Уже въ римскомъ правѣ это стремленіе реализовано, оно же продолжаетъ жить въ германско-правовомъ воззрѣніи, широко распространенномъ въ Швейцаріи и закрѣпленномъ новымъ французскимъ правомъ управленія. Въ нѣмецкой литературѣ ученіе о публицистической собственности и для германскаго права развилъ весьма недавно Оттонъ Майеръ (во второмъ томѣ своего „Германскаго административнаго права“). Майеръ разсуждаетъ: вещь въ общественномъ пользованіи свободна отъ господства частнаго права по *всѣмъ* направленіямъ и по всѣмъ же направленіямъ подвержены дѣйствію права публичнаго. Въ пользу лица управомоченнаго по ея адресу существуетъ публично-правовая собственность, рѣзко отличная отъ одноименнаго о ней института гражданскаго права. Нетрудно видѣть, что данное ученіе имѣетъ цѣлью и для области общественныхъ вещей устранить ту двойственность, о которой мы сейчасъ говорили, довести и здѣсь процессъ преобразованія до благополучнаго конца, Если, однако, теоріи Майера не случилось побѣдить, то на это имѣются весьма вѣскія причины, стоящія въ связи съ самымъ существомъ дѣла. Расширеніе сферы господства публичнаго права допускалось, какъ мы видѣли, на практикѣ лишь въ предположеніи, что для конкретнаго правоотношенія факта его изъятія изъ гражданскаго права не влечетъ за собой ослабленія правовой защиты, умаленія обезпеченности. Если въ Римѣ и во Франціи публичное право могло оказаться всецѣло рѣшающимъ вопросы о „res quae in publico usu habentur“ и о „Domaine public“, несмотря на отсутствіе относящихся сюда законныхъ нормъ,—то это объясняется той свободой, которой надѣлены были органы, призванные вѣдать общественное имущество. Въ Германіи взглядъ иной: гарантіи правомѣрной защиты тамъ видятъ въ возможно болѣе точномъ соблюденіи закона. Оттого тамъ и судьѣ и администратору закрыты пути безпрепятственнаго, широкаго творчества въ правѣ, оттого тамъ все еще нѣтъ той почвы, на которой наука и практика могли бы восполнить пробѣлъ въ законодательствѣ.

Наряду съ изображеннымъ процессомъ, совершавшимся мед-

ленно, но непрерывно, необходимо отмѣтить еще другое преобразованіе гражданскоправовыхъ иститутовъ, исходившее изъ совершенно иной предпосылки. Уже говорилось, что жалоба гражданина на администрацію по необходимости должна была облечься въ форму частноправную, если право управленія не представляло твердыхъ гарантій правовой защиты. Разумѣется, гражданскій судъ былъ безсиленъ отмѣнить распоряженія административной власти, хотя бы незаконное. Но зато онъ могъ присудить и дѣйствительно присуждалъ вознагражденіе за понесенный ущербъ, всякій разъ какъ было доказано, что со стороны административной власти послѣдовало мѣропріятіе, коимъ нарушалось „пріобрѣтенное частное право“ истца. Такое присужденіе выводилось изъ обобщенія нормы, гласящей, что при принудительномъ отчужденіи государство обязано вознаграждать за отнятіе собственности. Каковы же „пріобрѣтенныя частныя права“, равноцѣнныя праву собственности? Сначала въ „пріобрѣтенныхъ правахъ“ усматривали только прирожденныя права человѣка, затѣмъ стали утверждать, что „пріобрѣтенныя права“—это права, основанныя на юридическихъ титулахъ, и кончили теоріей, объявлявшей, что опредѣленіе даннаго многозначащаго и неустойчиваго понятія—цѣликомъ дѣло судьи. Такъ-то вознагражденіе государствомъ экспропріата привело къ предоставленію гражданину охраны противъ публичной власти. Требованію о возмѣщеніи убытковъ за вторженіе въ кругъ „пріобрѣтенныхъ правъ“ была присвоена функція института защиты въ области публичнаго права. Судья не ставилъ себѣ вопроса о томъ, произошло ли вторженіе государства закономѣрно, или противозаконно. Изъ факта уничтоженія государствомъ частныхъ цѣнностей онъ заключалъ, что государствомъ неизбѣжно были нарушены имущественныя права частнаго лица. Однако, съ появленіемъ требуемыхъ гарантій защиты въ самомъ управленіи и въ особенности съ учрежденіемъ административныхъ судовъ все это измѣнилось. Нынче неправомѣрное распоряженіе администраціи подлежитъ обжалованію со стороны потерпѣвшаго частнаго лица и отмѣнѣ въ порядкѣ инстанцій. Что же касается причиненнаго имущественнаго ущерба, то онъ возмѣщается либо виновнымъ должностнымъ лицомъ, либо, вмѣсто него, государствомъ. Естественно, что съ введеніемъ непосредственной правовой защиты, суррогатъ ея, т. е. гражданскій искъ о вознагражденіи вслѣдствіе нарушенія „пріобрѣтенныхъ правъ“, долженъ былъ утратить свое прежнее значеніе. Онъ удержался только для тѣхъ случаевъ, когда имуществу частнаго лица

причиняется вредъ актомъ *правомѣрнаго* примѣненія публичной власти. Но перенесенная на эту почву теорія ненарушимости „пріобрѣтенныхъ правъ“ оказалась вмѣстѣ съ тѣмъ поколебленной. Во-первыхъ, въ *гражданскомъ* правѣ не нашлось рѣшительно никакихъ основаній для утвержденія, будто правомѣрно дѣйствующее государство можетъ быть присуждено к возмѣщенію убытковъ. И, во-вторыхъ, по адресу такого государства, даже при помощи *общихъ* юридическихъ соображеній, обязательство вознаграждать за убытки могло быть оправдано лишь въ случаяхъ нарушенія государствомъ субъективныхъ *правъ* отдѣльныхъ лицъ. А съ приложеніемъ этого болѣе строгаго масштаба, долженъ былъ силою вещей отпасть цѣлый рядъ „пріобрѣтенныхъ правъ“: изъ нихъ многія, какъ выяснилось, были не инымъ чѣмъ какъ фактическими выгодами, на удержаніи коихъ частное лицо вовсе не вправѣ было настаивать предъ государствомъ. Отсюда множество исковъ къ государству и общинамъ о возмѣщеніи вреда лишилось своего основанія. Правда, суды часто не хотѣли съ этимъ мириться. Поскольку самъ законодатель не пополнилъ пробѣла введеніемъ для государства обязательства вознаградить за причиненный имъ ущербъ, постольку не разъ гражданскіе суды брались за это дѣло. Съ этой цѣлью они приписывали характеръ частнаго права интересу отдѣльнаго лица въ поддержаніи опредѣленнаго созданнаго администраціей порядка вещей. Что при этомъ по большей части не обходилось безъ искусственнаго и даже насильственнаго толкованія частноправныхъ понятій, совершенно ясно. Но, повидимому, въ нашей области цѣль оправдывала средства. Примѣромъ можетъ служить отношеніе имперскаго суда къ извѣстному вопросу о вознагражденіи владѣльцевъ дворовъ, прилегающихъ къ улицѣ, въ случаѣ пониженія уровня или перемѣщенія послѣдней. Сенатъ рейхсгерихта, который вѣдалъ дѣла, восходившія изъ территорій пандектнаго права, къ этому вознагражденію относился отрицательно и послѣдовательно въ немъ отказывалъ. Иначе смотрѣли на вопросъ сенаты для территорій прирейнскаго и стараго прусскаго права. Они разсуждали такъ: государство или община, прокладывая улицу, тѣмъ самымъ приглашаетъ къ возведенію строеній, а отсюда слѣдуетъ наличность договора между лицомъ строющимся и собственникомъ улицы; договоръ же этотъ установляетъ сервитутъ, коимъ обезпечивается неизмѣняемость улицы. Эта въ высокой степени сомнительная конструкція съ полной ясностью доказываетъ, что даннаго явленія и вообще не обосновать при помощи частноправ-

ныхъ положеній. Отвѣчаютъ-ли, и въ какомъ объемѣ отвѣчаютъ государство и община за причиненный имущественный вредъ при правомѣрномъ осуществленіи публичной власти,—отвѣтъ на это могутъ дать исключительно начала публичнаго права.

Еще въ одной, по счету третьей, области права управленія необходимо констатировать измѣненіе гражданско-правовыхъ институтовъ, наступившее въ новое время. Толчкомъ въ настоящемъ случаѣ послужили внѣшнія обстоятельства: открытіе государствомъ и общиной или переходъ къ нимъ промышленныхъ предпріятій въ родѣ газовыхъ и электрическихъ заводовъ, трамваевъ, водопроводовъ, скотобоенъ и т. д. Какія правовыя нормы тутъ признаются дѣйствующими? Мнѣніе, которое едва-ли не господствуетъ, гласитъ такъ: юридическая основа, или, другими словами, все, относящееся къ устройству подобныхъ предпріятій,—дѣло публичнаго права; напротивъ того, отношенія предпріятія къ публикѣ обсуждаются согласно нормамъ права частнаго, ибо вовнѣ, наружу предпріятіе не болѣе какъ частнохозяйственное. Въ дѣйствительности, все зависитъ отъ предварительнаго разрѣшенія вопроса, точно ли предъ нами предпріятіе, эксплоатируемое частнохозяйственнымъ способомъ, или, обратно, его должно признать публичноправнымъ. Въ первомъ случаѣ плата, вносимая за пользованіе,—частноправное вознагражденіе договорнаго характера, во второмъ она—пошлина, во всѣхъ отношеніяхъ, касательно и матеріальнаго права и подвѣдомственности, подлежащая соотвѣтственному обсужденію. Неодинаково въ обоихъ случаяхъ и мѣра свободы собственника трактуемаго учрежденія (государства, общины) въ дѣлѣ установленія правилъ пользованія. Гражданскій судъ въ настоящее время очень часто проходитъ мимо всѣхъ этихъ вопросовъ, не удѣляя имъ никакого вниманія. Онъ примѣняетъ безъ дальнѣйшаго гражданское право. Тѣмъ заботливѣе къ нимъ отнеслись административные суды въ Германіи. Правда, о какомъ-либо окончательномъ результатѣ ихъ практики пока говорить преждевременно, да и германская наука еще далека отъ созданія той communis opinio, какая именно въ данномъ ученіи выработалась напримѣръ, во французской и въ особенности въ богатой италіанской литературѣ административнаго права. При всемъ томъ, ясно, что при отвѣтѣ на поставленный раньше преюдиціальный вопросъ обязательно считаться съ конкретными обстоятельствами каждаго случая, которыя, главнымъ образомъ, въ своей совокупности могутъ выяснить, гдѣ проходитъ граница между правами публич-

нымъ и частнымъ. Не лишено значенія, надѣлено ли предпріятіе правомъ экспропріаціи, или нѣтъ, подвержена ли входящая въ его составъ недвижимость запрещенію по требованіямъ кредиторовъ государства и общины, или не подвержена, и т. д. Въ остальномъ нельзя, разумѣется, не сознаться, что многое еще не отличается достаточной опредѣленностью, что здѣсь, болѣе чѣмъ гдѣ либо, развитіе еще въ полномъ ходу.

Наконецъ, и въ слѣдующемъ явленіи можно, думается, усмотрѣть признаки интересующаго насъ процесса. Многочисленныя формы, извѣстныя намъ изъ гражданскаго права, нашли себѣ приложеніе и въ сферѣ публичнаго права. Таковы: договоръ, condictio, negotiorum gestio и т. д. Вплоть до новѣйшаго времени полагали, что отношеніе, покоящееся на одномъ изъ этихъ „частноправныхъ“ титуловъ, вмѣстѣ съ тѣмъ принадлежитъ къ частному праву. Теперь этотъ взглядъ все болѣе оставляется. Распространяется убѣжденіе, что нѣкоторыя юридическія формы одинаково встрѣчаются какъ въ частномъ, такъ и въ публичномъ правѣ: того обстоятельства, что въ первый разъ онѣ выступили въ частномъ правѣ, недостаточно для вывода, будто имъ присуща непремѣнно частноправовая природа.

Въ заключеніе Флейнеръ подчеркиваетъ тотъ фактъ, что разсмотрѣнными успѣхами административное право обязано, преимущественно, не велѣніямъ законодательной власти, а скромнымъ рѣшеніямъ судьи и такой работѣ представителей науки. Нигдѣ юристъ не обладаетъ той свободой творчества, какая выпала и выпадаетъ на его долю именно здѣсь. Вотъ почему онъ съ усиленной строгостью обязанъ охранять границы, отдѣляющія административное право отъ областей, смежныхъ по причинамъ лишь внѣшнимъ, историческимъ, обязанъ отстаивать независимость молодой отрасли права и правовѣдѣнія. Каковы тѣ цѣнности, которыми эта отрасль призвана насъ обогатить въ будущемъ, неизвѣстно: наука германскаго административнаго права сдѣлала еще только первые шаги. Но неизмѣнной всегда должна оставаться ея цѣль: служить тому, чтобъ и послѣдній гражданинъ могъ добиться своего права даже тогда, когда онъ споритъ противъ всемогущаго государства.

Таково, въ болѣе или менѣе точной и полной передачѣ, содержаніе прекрасной рѣчи нашего автора. Съ нимъ, естественно, можно не соглашаться: можно, напримѣръ, считать преувеличеннымъ значеніе, приписываемое имъ юридическому методу. Можно,

далѣе, называть неточнымъ и, пожалуй, прямо ошибочнымъ то или другое изъ раздѣляемыхъ авторомъ положеній: вопреки его заявленію, римляне, согласно нынѣ господствующему взгляду, отнюдь не примѣняли нормъ *только* публичнаго права къ res publicae. Односороннимъ приходится подчасъ признать и какой нибудь частный выводъ Флейнера. Такъ, едва ли вѣрно, будто гражданское право всегда безсильно приводить къ возмѣщенію убытковъ лицъ, потерпѣвшихъ отъ правомѣрнаго осуществленія публичной власти, и, въ частности, будто оно неспособно доставить вознагражденіе собственнику дома или двора, прилегающаго къ улицѣ. Здѣсь Флейнеръ очутился подъ чрезмѣрнымъ, на мой взглядъ, вліяніемъ О. Майера (Ср. Blume, Das Recht der Anlieger an öffentlichen Strassen, въ Königsberger Festgabe für Schirmer, 1900). Конечно, упоминавшаяся выше частноправная конструкція неудовлетворительна, но, чтобы ею исчерпывался вопросъ, пишущій эти строки, въ отличіе отъ Флейнера, не рѣшился бы утверждать (см. Регельсбергера Pandekten I § 113 и Дернбурга Pandekten I § 72, Das bürgerl. Recht III § 70; ср. извѣстное рѣшеніе нашего Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената 1902 г. № 126).

Но отмѣченными недостатками не могутъ существенно умалиться выдающіяся достоинства работы Флейнера: необыкновенно удачный выборъ темы, реальная точка зрѣнія на право и его исторію, ширина и ясность мысли, обоснованность и въ общемъ правильность заключеній на почвѣ интереснѣйшаго матеріала. Все это, кажется, даетъ право отвести вступительной лекціи нашего автора одно изъ почетныхъ мѣстъ среди аналогичныхъ произведеній нѣмецкой юридической литературы.

М. Я. Пергаментъ.

